

Wertersatz oder Gewinnherausgabe?

Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung
und unechten Geschäftsführung ohne Auftrag

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PATRIZIA HOLENSTEIN
von Bütschwil SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

1983

Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich 1983



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507202_0003

Wertersatz oder Gewinnherausgabe?

Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung
und unechten Geschäftsführung ohne Auftrag

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PATRIZIA HOLENSTEIN
von Bütschwil SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 8. Dezember 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. E. Stark



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 29 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von P. Forstmoser, C. Hegnauer, A. Heini, M. Keller, A.Meier-Hayoz, M.Rehbinder, H.M.Riemer, W.R.Schlupe und E. Stark

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Max Keller,
möchte ich für die Betreuung der vorliegenden Arbeit danken, insbesondere auch für das grosse Wohlwollen, das er mir stets während der Zeit, in der ich bei ihm Assistentin sein durfte, entgegengebracht hat.

Meinen lieben Eltern

Die Arbeit wurde im Sommer 1982 abgeschlossen

I N H A L T S U E B E R S I C H T

	Seite
Einleitung	1
1. Kapitel: Traditionelle Bereicherungslehre	3
§ 1. Vermögensverschiebung als massgebliches Kriterium für die Entstehung der Bereicherung	3
§ 2. Unzulänglichkeit des Kriteriums der Vermögens- verschiebung	4
§ 3. Problemstellung	6
2. Kapitel: Versuche einer Neubegründung der Bereicherungslehre in Deutschland	8
§ 1. Zuweisungstheorie	8
§ 2. Widerrechtlichkeitstheorie	15
§ 3. Zusammenfassender Vergleich von Zuweisungs- und Widerrechtlichkeitstheorie	22
3. Kapitel: Versuche einer Neubegründung der Bereicherungslehre in der Schweiz	25
§ 1. Beeinträchtigungstheorie	25
§ 2. Kritische Würdigung der Beeinträchtigungstheorie	34
4. Kapitel: Eigener Versuch einer Begründung der Bereicherungslehre	60
§ 1. Zielsetzung	60
§ 2. Problemanalyse anhand dreier Fallbeispiele	61
§ 3. Bereicherungsrechtliche Funktionsbestimmung	74
§ 4. Entstehung der Bereicherung	75
§ 5. Herausgabeanspruch	113
§ 6. Zusammenfassung	123

§ 7. Praktische Fallbeispiele	125
5. Kapitel: Abgrenzung von Wertersatz und Gewinnherausgabe	158
§ 1. Keine Gewinnherausgabe nach Bereicherungsrecht	158
§ 2. Gewinnherausgabe aufgrund der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR)	160

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Einleitung	1
1. Kapitel: Traditionelle Bereicherungslehre	3
§ 1. Vermögensverschiebung als massgebliches Kriterium für die Entstehung der ungerechtfertigten Bereicherung	3
§ 2. Unzulänglichkeit des Kriteriums der Vermögensverschiebung	4
§ 3. Problemstellung	6
2. Kapitel: Versuche einer Neubegründung der Bereicherungslehre in Deutschland	8
§ 1. Zuweisungstheorie	8
I. Gewinnhaftung nach Massgabe der älteren Zuweisungstheorie (WILBURG)	8
II. Rückforderung und Wertersatz nach Massgabe der neueren Zuweisungstheorie (VON CAEMMERER)	10
III. Kritische Würdigung der Zuweisungstheorie	11
A. Bedeutung der Zuweisungstheorie	11
B. Gegen die Zuweisungstheorie erhobene Kritik	12
1. Unterschiedlicher Zuweisungsgehalt der einzelnen Rechte	12
2. Unterschiedlicher Umfang des Zuweisungsgehalts	13
§ 2. Widerrechtlichkeitstheorie	15
I. "System der Rechte auf den Eingriffserwerb" (SCHULZ)	15
II. Gewinnhaftung als Sanktion für widerrechtliches Handeln (JAKOBS)	17
III. Kritische Würdigung der Widerrechtlichkeitstheorie	18
A. Bedeutung der Widerrechtlichkeitstheorie	18
B. Kritik der Widerrechtlichkeitstheorie	19
1. Unvollständige Erfassung der Bereicherungsfälle	19
2. Annäherung der Bereicherungshaftung an die Deliktshaftung	21

§ 3. Zusammenfassender Vergleich von Zuweisungs- und Widerrechtlichkeitstheorie	22
3. Kapitel: Versuch einer Neubegründung der Bereicherungslehre in der Schweiz	25
§ 1. Bereicherung infolge "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre" (SCHAUFELBERGER)	25
I. Beziehung zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht	25
II. Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs	26
A. Bereicherung	26
B. Bereicherung "aus dem Vermögen eines andern"	27
1. Interpretation des Erfordernisses "aus dem Vermögen eines andern" im Sinne von "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre"	27
2. Entstehung der Bereicherung auf Kosten eines andern	28
3. Umfang der auf Kosten eines andern erlangten Bereicherung	29
C. Ungerechtfertigtkeit der Bereicherung	31
§ 2. Kritische Würdigung der Beeinträchtigungstheorie	34
I. Bedeutung der Beeinträchtigungstheorie	34
II. Kritik der Beeinträchtigungstheorie	35
A. Neuinterpretation der Wendung "aus dem Vermögen eines andern" im Sinne von "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre"	35
1. Unklarheit bezüglich der Umschreibung der "Rechtssphäre"	36
2. Unklarheit bezüglich der Umschreibung "Beeinträchtigung"	37
3. Fazit: Ablehnung der Wendung "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre"	39
B. Funktionswandel des Bereicherungsrechts	42
C. Gleichsetzung von Bereicherung und Vermögensvermehrung	44

D. Bereicherungsumfang bestehend aus einer objektiven und einer subjektiven Bereicherung	46
1. Objektive Bereicherung nach Massgabe einer objektiven oder subjektiven Wertberechnung?	47
2. Subjektive Bereicherung (Gewinn) nach Massgabe der Kausalität?	49
E. Ungerechtfertigkeit als Billigkeitskorrektiv	52
1. Unterschiedliche Beurteilung der Ungerechtfertigkeit je nach Bereicherungstyp	52
2. Unterschiedliches Ausmass der Ungerechtfertigkeit je nach Bereicherungsumfang	53
a. Objektive Bereicherung	53
b. Subjektive Bereicherung (Gewinn)	53
III. Zusammenfassung	58
4. Kapitel: Eigener Versuch einer Neubegründung der Bereicherungslehre	60
§ 1. Zielsetzung	60
§ 2. Problemanalyse anhand dreier Fallbeispiele	61
I. Fall 1: Gutgläubiger Zwischenbesitz	61
II. Fall 2: Gebrauch fremder Sachen	63
III. Fall 3: Aufgedrängte Bereicherung	65
IV. Ergebnis der Problemanalyse	67
A. Für die traditionelle Lehre	67
B. Für die Beeinträchtigungstheorie	69
C. Schlussfolgerung für den Lösungsvorschlag: Klare Unterscheidung zwischen Bereicherungs- gegenstand und Vermögensvermehrung	71
§ 3. Bereicherungsrechtliche Funktionsbestimmung	74
§ 4. Entstehung der Bereicherung	75
I. Ungerechtfertigkeit des Erwerbs als massgebliches Kriterium für die Entstehung der Bereicherung	75
II. Ungerechtfertigter Erwerb als ein im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts stehender Erwerb	76

A. Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts	76
1. Anknüpfungspunkt	76
2. Struktur des subjektiven Rechts	77
a. Formellrechtlicher Aspekt	77
b. Materiellrechtlicher Aspekt	80
3. Zuweisungsgehalt als materielles Struktur- element des subjektiven Rechts	81
B. Typologie der Zuweisungsgehalte zur Bestimmung des bereicherungsrechtlichen Anwendungsgebietes	83
1. Absolute Rechte	83
a. Dingliche Rechte	83
b. Immaterialgüterrechte	86
c. Persönlichkeitsrecht	89
d. Wettbewerbsrechte	94
2. Relative Rechte	97
a. Absolute und relative Rechte	97
b. Allgemein geringe praktische Bedeutung der relativen Zuweisung	98
c. Besondere Bedeutung der relativen Zuweisung bei nicht absolut geschützten Gütern	100
aa. Fabrikationsgeheimnisse	100
bb. Computerprogramme	104
cc. Kundschaft als Gegenstand von Alleinvertriebsverträgen	107
III. Ergebnis: Zuweisungswidrigkeit als das beide Parteien berücksichtigende, normativ-wertungs- orientierte Kriterium des Zustandsunrechts	110
§ 5. Herausgabeanspruch	113
I. Inhalt	113
A. Bereicherungsgegenstand bestimmt und begrenzt durch den Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts	113
B. Herausgabeanspruch als ein konkret am Berei- cherungsgegenstand ausgerichteter, objektiver Wertersatzanspruch	114
II. Umfang	119

A. Grundsatz: Objektiver Wertersatz	119
B. Ausnahme zugunsten des gutgläubig Bereicherten (Art. 64 OR)	119
§ 6. Zusammenfassung	123
§ 7. Praktische Fallbeispiele	125
I. Verletzung gewerblicher Schutzrechte ("Kunststoffhohlprofil II-Fall")	125
II. Verletzung des Rechts am bestellten Personen- bildnis ("Buchumschlag-Fall")	129
III. Erschleichen einer Dienstleistung ("Flugreise-Fall")	131
IV. "Wegfall der Bereicherung" bei der Rückab- wicklung von Kaufverträgen	133
A. Bei Bösgläubigkeit ("Sägewerk-Fall")	133
B. Bei Gutgläubigkeit ("Mäklerprovision-Fall")	134
V. Gutgläubiger Zwischenbesitz - Art. 938 ZGB als lex specialis zu Art. 62 OR?	137
VI. Vollmachtlose Stellvertretung ("Systembau AG-Fall")	144
VII. Anweisungsverhältnisse	148
A. Sachverhalt ("Meylan-Fall")	148
B. Bereicherungsrechtliche Besonderheit bei der Bestimmung des Konditionsverhältnisses	149
1. Unmöglichkeit der Bestimmung des Kondi- tionsverhältnisses bei einseitigem Ab- stellen sei es auf die Sicht des Empfän- gers, sei es auf die Sicht des Zuwen- denden	149
2. Bestimmung des Konditionsverhältnisses nach Massgabe der normativen Zuwendung	152
C. Sachverhaltslösung	155
5. Kapitel: Abgrenzung von Wertersatz und Gewinnherausgabe	158
§ 1. Keine Gewinnherausgabe nach Bereicherungsrecht	158
§ 2. Gewinnherausgabe aufgrund der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR)	160
I. Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag als Verbindungs- glied zwischen unerlaubter Handlung und ungerech- fertigter Bereicherung	160
II. Entstehung der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag	161

A. Objektive Voraussetzung: Führung eines fremden Geschäfts	161
1. Lehre	161
2. Rechtsprechung	164
B. Subjektive Voraussetzung: Verschulden?	168
1. Lehre	168
2. Rechtsprechung	176
III. Herausgabeanspruch	179
IV. Zu wenig beachtete Anwendungsmöglichkeiten der Gewinnherausgabe	179
A. Verletzung von Fabrikationsgeheimnissen	179
B. Verletzung von Alleinvertriebsabreden	184
V. Verhältnis von Gewinnherausgabeanspruch zu Schadenersatz- und Bereicherungsanspruch	188
A. Alternative Konkurrenz	188
B. Prozessrechtliche Folgen	189

LITERATURVERZEICHNIS

- AMREIN, Max P., Die Gewinnherausgabe als Rechtsfortwirkung: Ein Beitrag zur Lehre von der unechten (eigennützigen) Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 1967
- BALZ, Manfred, Paradigmawechsel im Warenzeichenrecht? RabelsZ 45 (1981), S. 317 ff.
- BATSCH, Karl L., Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. sonstigen Nutzens von Gegenständen, Diss. Marburg 1968
- BATSCH, Karl L., Bereicherungshaftung ohne Vermögensvermehrung? NJW 1972, S. 611 ff.
- BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbsrecht, 12.Aufl., München 1978
- BECKER, Hermann, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht 1.Abt.: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1941/5
- BIEDENKOPF, Kurt H., Ueber das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, FS zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, S. 113 ff., Karlsruhe 1965
- BIRRER, Franz, Das Verschulden im Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, Freiburg in Ue. 1970
- BLUM/PEDRAZZINI, Das Schweizerische Patentrecht, Bd. 1, Bern 1975
- BLUMENTHAL/ITER, Zur Patentierbarkeit programmierbarer Erfindungen in den Vereinigten Staaten, GRUR Int. 1980, S. 81 ff.
- BRANDER, Hans-E., Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1980, S. 359 ff.
- BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, Zürich 1979
- BUCHER, Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965
- BUEREN, Bruno von, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, Zürich 1964

- BUEREN, Bruno von, Schweizerisches Obligationenrecht - Besonderer Teil, Zürich 1972
- BUSSY, André Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, Diss. Lausanne 1922
- CAEMMERER, Ernst von, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS für Ernst Rabel, Bd. 1, S. 333 ff., Tübingen 1954
- CAEMMERER, Ernst von, Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, JZ 1962, S. 385 ff.
- CAEMMERER, Ernst von, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, FS für Hans Dölle, Bd. I, Tübingen 1963
- CAEMMERER, Ernst von, Währungsgesetzgebung und Schuldverhältnisse, Süddeutsche Juristenzeitung 1948, Sp. 497
- CANARIS, Claus-W., Anmerkung zu BGH vom 7.1.1971 (VII), JZ 1971, S. 556 ff.
- CANARIS, Claus-W., Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, FS für Karl Larenz, 1973, S. 799 ff.
- COSTEDE, Jürgen, Dogmatische und methodologische Ueberlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrecht, Bern 1977
- DAEUBLER, Wolfgang, Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadensersatzes, Jus. 1969, S. 49 ff.
- DESSEMMONTET, François, Schadensersatz für Verletzung geistigen Eigentums nach schweizerischem Recht und französischem Recht, GRUR Int. 1980, S. 272 ff.
- ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., Tübingen 1958
- ESSER, Josef, Schuldrecht, Bd. II: Besonderer Teil, 4.Aufl. Karlsruhe 1971
- EULAU, Peter H., Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Diss. Zürich 1976
- FIKENTSCHER, Wolfgang, Schuldrecht, 6.Aufl., Berlin 1976
- FIKENTSCHER, Wolfgang, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958

- FISCHER, Hans A., Bereicherung und Schaden, FS für Ernst Zitelmann, München/Leipzig 1913, S. 32 ff.
- FISCHER, Friedrich von, Voraussetzungen und Umfang der Pflicht zur Herausgabe der durch unlauteren Wettbewerb gewonnenen Vorteile, Diss. Bern 1950
- FISCHER, Theo, Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauterer Wettbewerb, Basel 1961
- FRIEDRICH, Hans-P., Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, ZSR 64(1945), 1 Halbbd., S. 9 ff.
- FLESSNER, Axel, Wegfall der Bereicherung - Rechtsvergleichung und Kritik, Berlin/Tübingen 1970
- GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil (2 Bde), 2.Aufl., Zürich 1981
- GAUTSCHI, Georg, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 2.Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5.Teilbd.: Art. 407-424 OR, Bern 1964
- GERMANN, Oskar A., Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945
- GOETZKE, Heinrich, Subjektiver Wert im Bereicherungsrecht?, AcP 173(1973), S. 289 ff.
- GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.Aufl., Zürich 1980
- GURSKY, Karl-H., Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, JR 1972, S. 279 ff.
- HAGEN, Horst, Funktionelle und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht, FS für Karl Larenz, München 1973, S. 867 ff.
- HAINES, Hartmut, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, Köln/Berlin/Bonn/München 1970
- HARTMANN, K., Kompatibilität der Computertechnik, NZZ Nr. 45 vom 24.2.1982, S. 63
- HINDERLING, Hans, Der Besitz, Schweizerisches Privatrecht V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 403 ff.
- HOFSTETTER, Josef, Gewinnherausgabe und Aufwendungsersatz des unechten Geschäftsführers ohne Auftrag, ZBJV 100 (1964), S. 221 ff.

- HOFSTETTER, Josef, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 175 ff.
- HOMBERGER, Arthur, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Sachenrecht, 3.Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 919-977 ZGB, 2.Aufl., Zürich 1938
- HOTZ, Kaspar E., Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeits-schutzes nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich 1967
- HUBMANN, Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, 2.Aufl., Köln/Graz 1967
- HUEFFER, Uwe, Zur Einarbeitung und Wiederholung: Die Eingriffskon-dition, JuS 1981, S. 263 ff.
- ISELE, Hellmut G., Die Reichweite des Anspruchs auf Herausgabe des Eingriffserwerbs nach BGB § 687 Abs. 2, FS Ernst J. Cohn, Heidel-berg 1975, S. 75 ff.
- ISELE, Hellmut G., Schmiergeldannahme als Eingriffserwerb, Recht der Arbeit 15(1962), S. 52 ff.
- JAGMANN, Rainer, Wertersatz oder Gewinnhaftung? : Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen im deutschen und im amerikanischen Recht, Diss. Frei-burg i.Br. 1979
- JAKOBS, Horst H., Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964
- JAUERNIG/SCHLECHTRIEM, Bürgerliches Gesetzbuch, § 812, München 1979
- JOERGES, Christian, Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, Bremen 1977
- KAehler, Christian-M., Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution, Bielefeld 1972
- KASER, Max, Römisches Privatrecht, 9.Aufl., München 1976
- KELLER, Eduard, Die Rechtsstellung des unrechtmässigen Besitzers gegenüber dem Herausgabeanspruch nach Art. 938 ff. ZGB, Diss. Zürich 1940
- KELLMANN, Christoph, Grundsätze der Gewinnhaftung, Berlin 1969
- KLEINHEYER, Gerd, Rechtsgutverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, S. 471 ff.

- KLEINHEYER, Gerd, Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 1961, S. 473 ff.
- KOENIG, Detlef, Gewinnhaftung, FS für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 179 ff.
- KOHLER, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, Berlin 1906
- KOPPENSTEINER, Hans-G., Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 1971, S. 588 ff., 1769 ff.
- KOPPENSTEINER/KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung, Berlin/New York 1975
- KUMMER, Max, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968
- KUMMER, Max, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960
- KRASSER, Rudolf, Der Schutz des Know-how nach deutschem Recht, GRUR 1970, S. 587 ff.
- KRASSER, Rudolf, Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR Int. 1980, S. 259 ff.
- LANGE, Hermann, Handbuch des Schuldrechts: Schadensersatz, Tübingen 1979
- LARENZ, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5.Aufl., München 1980
- LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil, 12.Aufl., München 1981
- LARENZ, Karl, Zur Bedeutung des "Wertersatzes" im Bereicherungsrecht, FS für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 209 ff.
- LIEB, Manfred, Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen, NJW 1971, S. 1289 ff.
- MAYER, Robert von, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903
- MEDICUS, Dieter, Bürgerliches Recht, 9.Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1979

- MEIER-HAYOZ, Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1.Abt.: Das Eigentum, 1.Teilbd.: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 5.Aufl., Bern 1981
- MESTMAECKER, Ernst-J., Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, S. 521 ff.
- MOSER, Rudolf, Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinns, insbes. unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR, Diss. Zürich 1940
- MOSER, Rudolf, Zur Frage der Gewinnherausgabe, insbes. im Wettbewerbsrecht, SJZ 42(1946), S. 1 ff., 17 ff.
- NIPPERDEY, Hans C., Der Eingriff in schuldrechtlich festgelegte Interessensphären und § 687 Abs. 2 BGB, FS für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 163 ff.
- OFTINGER, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1.Bd.: Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Zürich 1975
- ORELLI, François von, Die Eingriffskondition im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1973 (Maschinenschrift)
- OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, 1.Halbbd.: Art. 1-183 OR, 2.Aufl., Zürich 1929
- OSTENDORF, Heribert, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, Kiel 1972
- OSTENDORF, Heribert, Noch einmal: Die Bereicherung beim Gebrauch fremder Vermögensgüter, JuS 1974, S. 447
- PAGENBERG, Jochen, Die amerikanische Schadensersatzpraxis im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR Int. 1980, S. 286
- PFISTER, Bernhard, Das technische Geheimnis "Know how" als Vermögensrecht, München 1974
- PICKER, Eduard, Der negatorische Beseitigungsanspruch, Bonn 1972
- PIETZCKER, Anmerkung zu BGH vom 24.11.1981, GRUR 1982, S. 304
- PINGER, Winfried, Wertersatz im Bereicherungsrecht, MDR 1972, S. 101 (I), S. 187 (II)

- PINGER, Winfried, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, München 1973
- PINGER, Winfried, Was leistet der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht?, AcP 179 (1979), S. 301 ff.
- PIOTET, Paul, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Schweizerisches Privatrecht V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 519 ff.
- RABEL, Ernst, Rezension von Walter Wilburg: Zur Lehre von den ungerechtfertigten Bereicherung, RabelsZ 10(1936), S. 425 ff.
- RAISER, Ludwig, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, ZBJV 97(1961), S. 121 ff.
- REEB, Hartmut, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, München 1975
- REHBINDER, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 6.Aufl., Bern 1981
- REINERSDORFF, Wolfgang von, Die Bestimmung des Anspruchsberechtigten bei der Leistungskondition, MDR 10(1981), S. 800 ff.
- ROTH, Günther H., Vorteil, Schaden und Wert im Bereicherungsrecht, FS für Günther Küchenhoff, Berlin 1972, S. 371 ff.
- ROTHOFT, Dietrich, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163(1964), S. 215 ff.
- SAVIGNY, Friedrich C. von, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V, Berlin 1841
- SCHAUFELBERGER, Peter C., Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Diss. Zürich 1981 (= Bd. 14 Zürcher Studien zum Privatrecht)
- SCHLECHTRIEM, Peter, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, FS für Wolfgang Hefermehl, München 1976, S. 445 ff.
- SCHLUEP, Walter R., Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964
- SCHLUEP, Walter R., Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Separatdruck, Basel 1979
- SCHLUEP, Walter R., Rezension Eugen Bucher: Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, SJZ 61(1965), S. 381 f.
- SCHNEIDINGER, Claude, Der Leistungsschutz unter besonderer Berücksichtigung der technischen Leistung, Diss. St.Gallen 1977

- SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilbd. V/1a: Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR, Zürich 1973
- SCHOENHERR/KUCSKO, Schadenersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Oesterreichs, GRUR Int. 1980, S. 282 ff.
- SCHULZ, Fritz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), S. 1 ff.
- SIDLER, Peter, Der Schutz von Computerprogrammen im Urheber- und Wettbewerbsrecht, Diss. Basel 1968
- SIMONIUS, August, Der Kauf als Mittel der Uebertragung und der Verletzung des Eigentums, FS für Theo Guhl, Zürich 1950, S. 41 ff.
- SOERGEL/SIEBERT, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. III: Schuldrecht II: §§ 611-853 BGB, 10.Aufl., Stuttgart 1969
- STARK, Emil, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd.IV: Das Sachenrecht, 3.Abt.: Besitz und Grundbuch, 1.Teilbd.: Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, Bern 1976
- STAUDINGER, J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 812-822 BGB, 12.Aufl., Berlin 1979
- STEINBEISSER, Adrian, Die Bestechung von Bediensteten in Obligationen-, Arbeits- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht, Diss. Basel 1977 (Maschinenschrift)
- STEINDORFF, Ernst, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/60), S. 431 ff.
- STERN, Richard H., Another Look at Copyright Protection of Software: Did the 1980 Act Do Anything for Object Code? Computer/Law Journal, Vol. III/1, Fall 1981
- STIEVE, A., Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Strassburg 1899
- TEICHMANN, Arndt, Flugreise-Entscheidung-BGHZ 55, 128, JuS 1972, S. 247 ff.
- TRACHSLER, Walter, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975
- TREADWELL, Robert, Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen im schweizerischen Wettbewerbsrecht, Diss. Zürich 1956

- TROLLER, Alois, Immaterialgüterrecht, Bd. I und II, 2.Aufl., Basel/Stuttgart 1968/71
- TROLLER, Alois, Der gute Glaube im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, SJZ 46(1950), S. 181 ff.
- TROLLER, Alois, Das technische Geheimnis im System des Immaterialgüterrechts, GRUR Int. 1958, S. 385 ff.
- TROLLER, Alois, Der Schutz des know-how im schweizerischen Recht, Recueil de travaux suisse présentés au VIIIe Congrès international de droit compare, Basel 1970, S. 213 ff.
- TROLLER, Patrick, Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken, Basel 1980
- TUHR, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig, 1910
- VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3.Aufl., Zürich 1979
- ULLMANN, Eike, Verschuldenshaftung und Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1978, S. 615 ff.
- WILBURG, Walter, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934
- WILHELM, Jan, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973
- WINDSCHEID, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl., Frankfurt a.M. 1906
- WITTMER, Hans R., Der Schutz von Computersoftware - Urheberrecht oder Sonderrecht? Diss. Zürich 1981
- WOLF, Elias, Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten, ZSR 46(1927), S. 283 ff.
- WOLF, Elias, Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze, ZSR 51 (1932), S. 50 ff.
- WOLF, Elias, Probleme des unlauteren Wettbewerbs und des gewerblichen Rechtsschutzes, Schweiz. Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1954, S. 41 ff.

WOLF, Elias, Geschäftsführung ohne Auftrag, SJK 1077, 1079

ZWEIGERT/KOETZ, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet
des Privatrechts, Bd. II: Institutionen, Tübingen 1969

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	altes Obligationenrecht (Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB1.	Bundesblatt
Bd.	Band
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Erw.	Erwägung
FS	Festschrift

gl.M.	gleicher Meinung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
h.L.	herrschende Lehre
insbes.	insbesondere
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kunst Urh G	(deutsches) Kunsturhebergesetz
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26.Sept. 1890
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30.März 1911/18, Dezember 1936
PatG	Bundesgesetz betreffend Erfindungspatente vom 25. Juni 1954
Pr	Praxis des Bundesgerichts
Rdn.	Randnote
S.	Seite

SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, revidiert 18. September 1949
SJK	Schweizerische Juristische Karthotek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	sogenannt
Sten.Bull.	Ämtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StR	Ständerat
URG	Bundesgesetz betreffend Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VE	Vorentwurf
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

E I N L E I T U N G

Vertrag, unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag bilden die vier Grundpfeiler der von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Entstehungsgründe einer Obligation. Während die Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung auf weitgehend gesicherten Erkenntnissen beruhen und über reiches Anschauungsmaterial verfügen, sind diejenigen aus ungerechtfertigter Bereicherung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag sowohl in ihrer dogmatischen Ausgestaltung als auch in ihrem Anwendungsbereich weitgehend unklar und spärlich dokumentiert.

Insbesondere was das Bereicherungsrecht anbelangt, so ist das von der traditionellen Lehre und Rechtsprechung entwickelte Dogma von der Vermögensverschiebung - verbunden mit dem daraus sich ableitenden Erfordernis einer Entreicherung auf Gläubiger- und einer Bereicherung auf Schuldnerseite - von nur begrenzter Tragfähigkeit, so dass es nicht alle Bereicherungsfälle gleichermassen erfassen kann.

Bestrebungen um eine Klärung und um eine bedürfnisgerechte Fortentwicklung dieses immer nur am Rande behandelten Rechtsgebietes waren jedoch bis vor kurzem in der Schweiz keine zu verzeichnen. Vielmehr begnügte man sich mit gewissen Abschwächungsversuchen in dem Sinne, dass man die Vermögensverschiebung in die vorsichtigeren Ausdrucksform des "Sachzusammenhang(s)"¹ zwischen Bereicherung und Entreicherung kleidete und - bei Fehlen einer Entreicherung - mit der Schadensfiktion paarte.

Im Gegensatz zur deutschen Lehre und Rechtsprechung, wo die bereicherungsrechtliche Neuorientierung in der "Flut der Stellungnahmen" in einen "desolaten Zustand"² zu versinken droht, ist in der Schweiz die bereicherungsrechtliche Diskussion erst eröffnet worden. Dieses

1 BUCHER, S. 602.

2 COSTEDE, S. 7.

Verdienst ist SCHAUFELBERGER zuzuschreiben, der sich in seiner unlängst erschienenen Dissertation "Bereicherung durch unerlaubte Handlung"³ in einlässlicher Weise mit der traditionellen Lehre auseinandergesetzt hat. Aus der Ablehnung der traditionellen, schadensorientierten Bereicherungslehre heraus hat er alsdann einen Lösungsvorschlag entwickelt, der - in seiner weitesten Ausdehnung - auch eine Gewinnherausgabe zulässt.

Angesichts der rechtlichen Tragweite der von SCHAUFELBERGER vorgeschlagenen Bereicherungsrechtskonzeption - befürwortet er doch eine Gewinnherausgabe auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und bei unlauterem Wettbewerb - rechtfertigt es sich, dass in einem zweiten Diskussionsbeitrag zu demselben Thema nochmals Stellung genommen wird.

Wenn dabei SCHAUFELBERGERS Dissertation zur Diskussionsgrundlage gewählt wird, so geschieht dies nicht um der Kritik willen, sondern um anhand der Auseinandersetzung einen möglichst guten Ueberblick über die im Bereicherungsrecht sich stellenden Probleme zu vermitteln, und dabei gleichzeitig einen alternativen Lösungsvorschlag vorzuzeichnen.

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird im nachfolgenden Beitrag auf vieles verzichtet, was bereits Gegenstand der Erörterungen von SCHAUFELBERGER bildete. Auch was die Grundlegung des Bereicherungsrechts anbelangt, so sei an dieser Stelle auf die einschlägigen Lehrbücher verwiesen.

3 SCHAUFELBERGER, Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Diss. Zürich 1981.

1. KAPITEL: TRADITIONELLE BEREICHERUNGSLEHRE

§ 1. VERMOEGENSVERSCHIEBUNG ALS MASSGEBLICHES KRITERIUM FÜR DIE ENTSTEHUNG DER UNGERECHTFERTIGTEN BEREICHERUNG

Nach Art. 62 I OR hat derjenige, der in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten⁴. In unmittelbarer Anlehnung an den Gesetzeswortlaut und unter Aufrechterhaltung der ans römische Recht anknüpfenden gemeinrechtlichen Bereicherungsrechtskonzeption⁵ leitet die herrschende schweizerische Doktrin und Praxis daraus das Erfordernis einer Vermö-

4 Der französische Gesetzestext spricht von "aux dépens d'autrui" und entspricht damit der Wendung "auf Kosten von" des § 812 I BGB.

5 Ursprünglich wurde im traditionellen römischen Recht eine *condictio* nur bei der *datio* einer *sine causa* übergebenen Sache gewährt; zurückzugeben war dabei lediglich die gegenständlich geleistete Sache; der zufällige Untergang der Sache befreite von der Rückgabepflicht.

Erst Justinian verzichtete auf das Erfordernis der sachlich-gegenständlichen Identität von der hingegebenen und der herauszugebenden Sache und verlangte stattdessen - allgemeiner - eine Vermögensverschiebung, dadurch gekennzeichnet, dass zwischen Bereicherung und Entreicherung wertmässige Identität bestehen müsse. Auf diese Weise konnte bei verbrauchtem Getreide oder bei verausgabtem Geld die gleiche Menge der ursprünglich hingegebenen (Gattungs-)Sache kondiziert werden. Damit war dem Ersatz-Gedanke und dem daran anknüpfenden Surrogationsprinzip ins Konditionenrecht Eingang gewährt, und es konnte fortan - wohl schon unter Justinian - mit Hilfe einer *condictio incerti* auf Rückgabe der hingegebenen Sache oder deren Wert geklagt werden.

In Anlehnung ans römisch-rechtliche Gedankengut hielt dann SAVIGNY fest, dass das "Zurückführen des aus unserem Vermögen Ausgegangenen" ... "eben der wahre Grund aller regelmässigen Condiktionen" sei (SAVIGNY, Bd. V, S. 576). Daher sei "nöthig, dass Dasjenige, welches dem Anderen zur Bereicherung diene, vorher schon wirklich zum Vermögen dessen gehört (habe), welcher darauf eine Condictio gründen (wolle)". (SAVIGNY, Bd. V, S. 527).

gensverschiebung ab⁶. Die Vermögensverschiebung soll regelmässig eine Entreicherung (Schaden) auf der einen Seite und eine der Entreicherung entsprechende Bereicherung (Vermögensvermehrung) auf der anderen Seite bewirken. Decken sich Entreicherung und Bereicherung nicht, so ist der geringere Betrag als Bereicherung zurückzuerstatten⁷.

Das Kriterium der Vermögensverschiebung dient somit nicht nur der Bestimmung der Konditionsparteien, sondern bildet zugleich Grundlage für die Festsetzung des Bereicherungsinhaltes.

§ 2. UNZULAENGLICHKEIT DES KRITERIUMS DER VERMOEGENSVERSCHIEBUNG

Ein an der Vermögensverschiebung orientiertes Bereicherungsrecht vermag stets dann ein befriedigendes Ergebnis herbeizuführen, wenn eine gegenständliche Sache aus dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen Person verschoben wird. Als logische Konsequenz erwächst daraus regelmässig ein Schaden auf der einen und eine Vermögensvermehrung auf der anderen Seite.

Wird nun aber eine nicht-gegenständliche Leistung in Form einer Arbeitsleistung⁸ erbracht oder wird eine fremde, materielle oder immaterielle, Sache gebraucht oder genutzt, so wird es häufig an einem Scha-

5 (forts.) Weiterführend: WINDSCHEID, PANDEKTEN, Bd. II, §§ 421 ff; KASER, § 48, S. 191; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 248;

6 Eine Vermögensverschiebung befürworten: VON TUHR/PETER, S. 473; BUCHER, S. 602; GUHL/MERZ/KUMMER, § 27 II, S. 197; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 1098 (jedoch offen gelassen in Nr. 1181 ff.); OSER/SCHOENENBERGER, N 7 zu OR 62. Ablehnend dagegen: VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 309.
Zuletzt in BGE 99 II 146.

7 Statt vieler: VON TUHR/PETER, S. 473.

8 Diese Bezeichnung steht als pars pro toto für jede Art einer nicht-gegenständlichen Leistung, mithin auch für eine Werkleistung, eine Auftrags- oder auftragsähnliche Leistung, oder auch eine Beförderungsleistung usw.

den auf Seiten des präsumptiv Anspruchsberechtigten fehlen. Denn hätte zum Beispiel derjenige, der in ungerechtfertigter Weise eine Arbeitsleistung erbracht hat, seine Arbeitskraft nicht anderweitig einsetzen können, so hat er durch diese seine Tätigkeit keine Vermögenseinbusse erlitten.

Aber auch die Bereicherung auf Seiten des Schuldners beruht dann, wenn eine Arbeitsleistung erbracht wird, oder wenn eine fremde Sache gebraucht oder genutzt wird, nicht auf einer Vermögensverschiebung. Wird beispielsweise eine Werkleistung erbracht, so vermehrt die Tätigkeit als solche nicht das Vermögen des Leistungsempfängers, sondern erst das Werk, das Produkt der Arbeit, bewirkt als Reflex dieser Tätigkeit die Vermögensvermehrung. Ebenso vermehrt beim Gebrauch einer fremden Sache nicht der Gebrauchsvorteil das schuldnerische Vermögen, sondern erst eine dadurch bewirkte Ausgabenersparnis schlägt sich positiv im schuldnerischen Vermögen nieder. Daraus erhellt, dass in den genannten Fällen die Vermögensvermehrung nicht auf der Verschiebung eines bereits b e s t e h e n d e n Vermögenswertes vom Gläubiger zum Schuldner beruht, sondern dass der die Vermögensvermehrung bewirkende Vermögenswert erst n e u beim Schuldner gebildet wird. Dieser neu geschaffene Vermögenswert hat sich somit n i e im Gläubigervermögen befunden und kann folglich auch nicht Gegenstand einer Vermögensverschiebung gewesen sein.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der in Art. 62 OR verwendete Ausdruck "aus dem Vermögen" ein wenig aussagekräftiges Kriterium darstellt, da er lediglich auf die gegenständliche Sachverschiebung zugeschnitten ist, den weiteren Anwendungsbereich der nicht-gegenständlichen Leistungen und die Gebrauchs- und Nutzungsfälle jedoch nicht erfasst. Damit entfällt das für die Anspruchsvoraussetzung massgebliche Kriterium der Vermögensverschiebung und das damit verbundene Erfordernis der Entreicherung.

Ob man es allerdings bei dieser negativen Feststellung bewenden lassen kann, lediglich unter Beibehaltung der übrigen noch geltenden bereicherungsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen - es sind dies Vermögens-

vermehrung und Ungerechtfertigkeit -⁹, oder ob an die Stelle der Vermögensverschiebung ein neues, besseres Kriterium zu setzen ist, bleibt im folgenden zu prüfen.

§ 3. PROBLEMSTELLUNG

Mit dem Verlust der haftungsbegrenzenden Funktion der Voraussetzung "aus dem Vermögen" setzte - vorab in Deutschland¹⁰, neuestens auch in der Schweiz¹¹ - eine rege Diskussion ein um die Frage, ob der Bereicherungsanspruch nicht auch auf einen vom Schuldner erzielten Gewinn ausgedehnt werden könne, oder ob der Anspruch lediglich auf einen Wertersatz beschränkt bleibe. Folgendes Beispiel sei zur Verdeutlichung angeführt:

- Gelingt es A, unter Verletzung eines dem B gehörenden Verfahrenspatentes eine Produktionssteigerung zu bewirken, so stellt sich nun die Frage, ob die Bereicherung
- in der Einsparung der üblicherweise an B zu entrichtenden Lizenzgebühr liege,
 - oder in der Ersparnis der Lohnkosten, die A ansonsten - ohne Patentverletzung - für die Arbeitskräfte hätte aufwenden müssen, um dieselbe Produktionssteigerung erzielen zu können,
 - oder im erzielten Gewinn.

Während für die Bereicherung im ersten Fall (Lizenzgebühr) einzig objektive Kriterien massgebend sind, bestimmt sich die Bereicherung in den beiden letztgenannten Fällen (Ersparnis und Gewinn) subjektiv, nach der jeweiligen Leistungskapazität (wie Unternehmensgrösse, Ertragskraft, Absatzorganisation) des Bereicherungsschuldners. Verzichtet man nun auf das Erfordernis "aus dem Vermögen", behält man gleichzeitig aber die noch verbleibenden Voraussetzungen der Bereicherung und der

9 So VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 309; VON ORELLI, S. 34.

10 Vgl. Kap. 2.

11 Vgl. Kap. 3.

Ungerechtfertigkeit bei, so bieten sich für das genannte Beispiel - je nach der Festsetzung der Wertungskriterien - drei vollständig verschiedene Lösungen an.

Welche Lösung die richtige ist, und wie die rechtlichen Voraussetzungen dazu beschaffen sein müssen, soll im folgenden untersucht werden.

Ausgangspunkt bildet dabei eine kurze Uebersicht über den bereicherungsrechtlichen Meinungsstand in Deutschland¹², dessen Bild von zwei grossen Gruppen geprägt wird: So stehen sich einerseits die Vertreter der Zuweisungstheorie¹³ und andererseits die Vertreter der Widerrechtlichkeitstheorie¹⁴ gegenüber. Beide Theorien - die eine von WILBURG, die andere von SCHULZ begründet - wurden im Laufe der Zeit verfeinert, blieben in ihrem Kerngehalt jedoch unverändert.

12 Die Berücksichtigung der deutschen Lehre rechtfertigt sich deshalb, weil die bereicherungsrechtlichen Probleme dieselben sind - nur dass man in Deutschland seit über 50 Jahren eine Lösung zu suchen bestrebt ist -, und auch die rechtliche Ausgestaltung der beiden Rechtsinstitute nahezu gleich sind (vgl. Art. 62 ff OR und §§ 812 ff BGB). ZWEIGERT/KOETZ, Bd. 2, S. 249 ff; STAUDINGER, N 6 zu Vorbem. zu §§ 812-822.

13 Als deren Hauptvertreter gelten VON CAEMMERER, FS Rabel, S. 352 ff; ESSER II, § 104 I.3, S. 365; FIKENTSCHER, § 98 IV.1, S. 581; LARENZ, § 68 II, S. 532; MEDICUS, § 28 II, S. 330; MESTMAECKER, S. 521.

14 Deren Hauptvertreter sind SCHULZ, S. 1 ff; JAKOBS, S. 123 ff.

2. KAPITEL: VERSUCHE EINER NEUBEGRÜNDUNG DER BEREICHERUNGS- LEHRE IN DEUTSCHLAND

§ 1. ZUWEISUNGSTHEORIE

I. GEWINNHAFTUNG NACH MASSGABE DER ÄLTEREN ZUWEISUNGSTHEORIE (WILBURG)

WILBURG hat als einer der ersten erkannt, dass eine am Schadenserfordernis orientierte Bereicherungshaftung überholt ist und insbesondere bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten und beim Gebrauch und Verbrauch fremder Sachen mit der Wirklichkeit in Widerspruch steht¹⁵. Ausgangspunkt seiner Lehre bildet die Einteilung aller Bereicherungsfälle in Leistungs- und Nicht-Leistungskonditionen:

Die Leistungskonditionen beruhen nach WILBURG ihrem Wesen nach auf einem Irrtum über den Grund der Leistung¹⁶. Dieser Irrtum über die causa bewirke aber, aus Rücksicht auf die hinter jedem Rechtsgeschäft stehende Willensbildung¹⁷, die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung.

Die Nicht-Leistungskonditionen könnten dagegen nicht mit dem Fehlen einer causa begründet werden¹⁸. WILBURG findet ihre Grundlage vielmehr im Z u w e i s u n g s g e h a l t des verkürzten Rechts. Aus dem "rein sachlichen Zweck des verkürzten Rechts, bestimmte Güter und deren Nutzen dem Berechtigten zuzuweisen"¹⁹, ergibt sich für ihn die

15 WILBURG, S. 98 ff.

16 WILBURG, S. 7.

17 WILBURG, S. 7, 10 f.

18 WILBURG, S. 12.

19 WILBURG, S. 27.

Ungerechtfertigkeit des Erwerbs, der von einem anderen mit Hilfe eines fremden Rechts erzielt worden ist. Diese These belegt er am Beispiel des Eigentums. Im Eigentum liege die Anerkennung einer Zugehörigkeit, die Bestimmung der Sache für den Eigentümer und seine Interessen²⁰. Diese Idee manifestiere sich zunächst in der dinglichen Herrschaft, die in der rei vindicatio und in der actio negatoria ihren Ausdruck fände. Der wirtschaftliche Zweck des Eigentums gehe aber über diese unmittelbare dingliche Sachherrschaft hinaus. Denn höre diese Sache auf zu bestehen - weil sie z.B. zerstört worden sei -, so erzeuge das Eigentum auf Grund seines Zuweisungsgehalts einen Bereicherungsanspruch, der sich "organisch aus dem Eigentum entwickle" und der Fortbildung des Eigentumsschutzes diene. Das alte Eigentum erlösche zwar mit Rücksicht auf die sachenrechtliche Klarheit, seine zuweisende Kraft lebe aber im Bereicherungsanspruch fort²¹. Dieser sog. Rechtsfortwirkungsanspruch erstrecke sich auf alle Güter, die in den Zuweisungsbereich des Grundrechts fielen. Er erfasse alle Vorteile, die mit dem fremden Rechtsgut in wirtschaftlichem Zusammenhang stünden. Bei der Verwendung körperlicher Sachen seien dies entweder die Früchte und der Gebrauchsvorteil oder dann der Verbrauchs- oder Veräusserungsvorteil (Veräusserungserlös); bei der Verwertung immaterieller Güter umfasse der Bereicherungsanspruch den technischen und den wirtschaftlichen²³ Erwerb. WILBURG erstreckt somit den Anspruchsinhalt bei der Eingriffskondition auch auf den Verwendungserfolg eines fremden Rechtsguts und befürwortet einen bereicherungsrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch.

20 WILBURG, S. 28.

21 WILBURG, S. 29 f.

22 Z.B. die unter Ausnutzung eines fremden Patentes erzeugten Maschinen (= Eingriffsprodukte); WILBURG, S. 124 f.

23 Der aus der geschäftlichen Verwertung der Eingriffsprodukte resultierende Ertrag (WILBURG, a.a.O.).

II. RUECKFORDERUNG UND WERTERSATZ NACH MASSGABE DER NEUEREN ZUWEISUNGSTHEORIE (VON CAEMMERER)

Die von WILBURG eingeleitete Unterscheidung der Bereicherungsfälle in Leistungs- und Nicht-Leistungskonditionen wurde von VON CAEMMERER übernommen und mittels einer typologischen Betrachtungsweise in verschiedene Fallgruppen aufgegliedert und verfeinert. Denn eine Generalklausel, die so allgemein und so weit gefasst sei wie der Bereicherungsanspruch, könne unmöglich die Vielzahl der unterschiedlichen Bereicherungstypen durch generelle und abstrakte Festlegung der Anspruchsvoraussetzungen erfassen²⁴.

Die Leistungskondition stellt nach VON CAEMMERER die wichtigste bereicherungsrechtliche Fallgruppe dar. Dabei handle es sich um eine R ü c k a b w i c k l u n g von Leistungen nach Aufhebung des Kausalverhältnisses²⁵. Der Konditionsgläubiger könne all das, was Gegenstand der Leistung war, vom Leistungsempfänger herausverlangen oder, bei Unmöglichkeit der Herausgabe, einen entsprechenden W e r t e r s a t z verlangen²⁶.

Eine zweite wichtige Fallgruppe bildet die Eingriffskondition²⁷. Sie umfasst diejenigen Fälle, in denen fremdes Gut gebraucht oder genutzt, verbraucht oder verwertet wird. Im Anschluss an WILBURG sieht VON CAEMMERER bei der Eingriffskondition die Unrechtmässigkeit der Bereicherung darin, dass die Verwendung der Sache im W i d e r s p r u c h z u m Z u w e i s u n g s g e h a l t des Eigentums und aller sonsti-

24 VON CAEMMERER, FS Rabel, S. 337 ff.

25 VON CAEMMERER, S. 342.

26 VON CAEMMERER, S. 350.

27 VON CAEMMERER spricht von "Bereicherung aus fremdem Gut", VON CAEMMERER, S. 352.

gen dinglichen Rechte steht. Im Gegensatz zu WILBURG fasst er aber den Begriff des Zuweisungsgehalts eines Rechts enger. So gebührt dem Eigentümer einer Sache das *uti, frui, abuti*; ihm allein steht es zu, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen, sie zu verbrauchen und zu verwerten²⁸. Nutze oder verwerte jemand anders diese Sache, so schulde der Eingreifer eine angemessene Wertvergütung²⁹.

III. KRITISCHE WUERDIGUNG DER ZUWEISUNGSTHEORIE

A. Bedeutung der Zuweisungstheorie

Im Anschluss an die Arbeiten WILBURG's und VON CAEMMERER's haben sich die deutsche Lehre³⁰ und Rechtsprechung³¹ nahezu ausnahmslos der Zuweisungstheorie angeschlossen. Diese Einhelligkeit bezieht sich allerdings nur auf die Grundkonzeption der Zuweisungstheorie; bezüglich deren näheren Ausgestaltung herrscht dagegen umso mehr Uneinigkeit.

Kernpunkt der Auseinandersetzung bildet vor allem die Frage, ob und in welchem Umfang einem Recht Zuweisungsgehalt zukomme.

28 VON CAEMMERER, S. 353.

29 VON CAEMMERER, S. 356.

30 LARENZ, SchR II, § 68, S. 532; FIKENTSCHER, SchR, § 100 I-V, S. 605 ff.; ESSER, § 104 I, S. 362 ff.; MEDICUS, § 28 II Rdn 709; STAUDINGER, N 23 zu § 812; SOERGEL/SIEBERT/MUEHL, N 162 zu § 812.

31 BGHZ 40, 270 ff.; 56, 239 ff.; 58, 184 ff.; 68 90 ff.; und zuletzt: BGH-Urteil vom 24.11.1981 = GRUR (Mai) 1982, S. 301 ff.

B. Gegen die Zuweisungstheorie erhobene Kritik

1. Unterschiedlicher Zuweisungsgehalt der einzelnen Rechte

VON CAEMMERER (und mit ihm der Grossteil der herrschenden Lehre) lässt lediglich den absoluten Rechten einen Zuweisungsgehalt zukommen. Denn es liege gerade im Wesen der absoluten Rechte, dem Rechtsinhaber die Nutzung und die Verwertung des Rechtsgutes zuzuweisen³².

Nicht in Frage gestellt wird dabei der spezifische Zuweisungsgehalt des Eigentums und der übrigen dinglichen Rechte, sowie der Patent-, Urheber- und Gebrauchsmusterrechte. Uneinigkeit herrscht dagegen - und dies versäumen die Kritiker³³ nicht hervorzuheben - bezüglich der Kennzeichnungsrechte (Firmen- und Markenrechte), der Persönlichkeitsrechte und der Wettbewerbsrechte. Unter Hinweis auf deren Funktion als Schutzrechte wird ihnen von einem Teil der Lehre³⁴ der Zuweisungsgehalt abgesprochen. So bezwecke der Kennzeichenschutz lediglich den Ausschluss Dritter von der Benützung desselben Zeichens, nicht jedoch das positive Haben und Nutzen eines Gutes³⁵; und das Persönlichkeitsrecht sei im Grunde genommen gar kein Recht, sondern ein Bündel von

32 VON CAEMMERER, S. 396.

33 JAKOBS, S. 104; KELLMANN, S. 93; HAINES, S. 84; SCHAUFELBERGER, S. 80 ff.

34 Bei den Markenrechten bejaht VON CAEMMERER (S. 398), verneinen dagegen MESTMAECKER (S. 525), ESSER (§ 104 I S. 365) einen Zuweisungsgehalt.

Bei den Persönlichkeitsrechten bejaht SCHLECHTRIEM (S. 448), verneinen dagegen MESTMAECKER (a.a.O.), RAISER (S. 139), LARENZ (SchR II, § 68 II, S. 534, ESSER, (S. 365) einen Zuweisungsgehalt.

Bei den Wettbewerbsrechten bejahen WILBURG (S. 44 ff.), BAUMBACH/HEFERMEHL (Einleit. UWG, N 396 ff.), verneinen dagegen VON CAEMMERER (S. 396 ff.), ESSER (a.a.O.), MESTMAECKER (a.a.O.) einen Zuweisungsgehalt.

35 RAISER, S. 132.

Schutzpositionen³⁶; ebenso wolle das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb lediglich Wettbewerbsverstöße sanktionieren³⁷, nicht aber den Wirtschaftssubjekten einen Tätigkeitsbereich mit festen Chancen und Erwerbserwartungen durch ein absolut subjektives Recht zuweisen³⁸.

2. Unterschiedlicher Umfang des Zuweisungsgehalts

Uneinigkeit herrscht auch bezüglich des Umfangs des Zuweisungsgehaltes. Während WILBURG dem Rechtsgutinhhaber nicht nur das Rechtsgut an sich, sondern auch - infolge des "wirtschaftlichen Zusammenhangs"³⁹ - dessen Verwertungserfolg zuweist und somit einen Gewinnherausgabeanspruch befürwortet, klammert VON CAEMMERER den Verwertungserfolg aus dem Zuweisungsgehalt eines Rechts aus. Er unterscheidet somit zwischen der Verwertungshandlung (uti, frui, abuti) und dem Verwertungserfolg als Resultat dieser Handlung. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bildet lediglich der Wert des Erlangten, nicht jedoch ein diesen Wert übersteigender Gewinn. Danach sei beispielsweise ein schuldloser Patentverletzer um den Wert bereichert, den die Verwendung des geschützten Verfahrens habe, d.h. um diejenige Lizenzgebühr, die er redlicherweise hätte bezahlen müssen, wenn er um das Bestehen des Patentes gewusst hätte⁴⁰.

Dieser von VON CAEMMERER entwickelten Bereicherungsrechtskonzeption - der Ausbildung des Bereicherungsanspruchs als Wertersatzanspruch - hat sich in der Folge ein Grossteil der herrschenden Meinung Deutsch-

36 ESSER, S. 365.

37 VON CAEMMERER, S. 396.

38 MESTMAECKER, S. 526.

39 WILBURG, S. 122.

40 VON CAEMMERER, S. 356 ff.

lands⁴¹ angeschlossen. Daneben findet sich aber auch unter den Vertretern der Zuweisungstheorie die Gegenansicht, die - in erneuter Anlehnung an WILBURG - einen bereicherungsrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch befürwortet⁴². Zur Begründung wird dabei einerseits das Surrogationsprinzip⁴³, andererseits das Prinzip der Risikoverteilung⁴⁴ herangezogen. Eine weite Interpretation des Zuweisungsgehaltes - so wird des weitern argumentiert - sei deshalb gerechtfertigt, weil auch und gerade die Gewinnziehungsmöglichkeit grundsätzlich dem Rechtsinhaber zustehe. Eine Haftungsbeschränkung auf den Wertersatz bezwecke aber lediglich eine Kompensation der - doch einhellig bekämpften - Entreicherung⁴⁵.

41 LARENZ, Schr II, § 69 IV, S. 551; ders. FS VON CAEMMERER, S. 209 ff, 218 ff, 228; FIKENTSCHER, Schr, § 100, S. 606; MEDICUS, § 28 Rdn 719 ff; SOERGEL/SIEBERT/MUFHL N 164 zu § 812, N 11 zu § 818. Uneinheitlich der deutsche Bundesgerichtshof: Bereicherungsanspruch als Gewinnherausgabeanspruch, in BGHZ 229 (1959), S. 157 ff.; als Wertersatzanspruch, in BGH vom 20.5.1964 (= NJW 1964, S. 1853); offen gelassen in BGHZ 68 (1976) S. 90 ff. und in seinem neuesten Entscheid (BGH vom 24.11.1981) wieder als Wertersatzanspruch vgl. zu diesem Entscheid, hinten S. 125.

42 ESSER, S. 369; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 134.

43 KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O.

44 KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 131. Diesem Prinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass der Rechtsinhaber einer Sache bei der unbefugten Weiterveräußerung seiner Sache (aufgrund des Surrogationsprinzips) das Risiko der Unter-Wert-Veräußerung trage. Als Kompensation dafür rechtfertige es sich deshalb, dass dem früheren Rechtsinhaber auch eine Ueber-Wert-Veräußerung, mithin ein Gewinn, zukommen soll.

45 ESSER, § 104 II, S. 369 f.

§ 2. WIDERRECHTLICHKEITSTHEORIE

I. "SYSTEM DER RECHTE AUF DEN EINGRIFFSERWERB" (SCHULZ)

Nach SCHULZ stellen die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung Ansprüche aus widerrechtlichem Handeln dar. Sie sind für ihn Ausdruck eines Rechts auf den Eingriffserwerb, das er definiert als "Recht auf den Gewinn, der aus einer widerrechtlichen Verletzung eines subjektiven Rechts gezogen worden ist"⁴⁶.

Ausgangspunkt dieses Rechts bildet dabei das Prinzip, dass grundsätzlich niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes Recht einen Gewinn ziehen dürfe⁴⁷. Dieses Prinzip begründet SCHULZ mit dem "geläuterten Rechtsgefühl"⁴⁸; "eine weitere Begründung dieses Prinzips (sei) nicht möglich"⁴⁹. Um so mehr erstaunt es deshalb, dass SCHULZ trotzdem dieses Prinzip methodisch aus der Analogie zu zahlreichen Einzelbestimmungen der gesamten Rechtsordnung herleitet⁵⁰.

46 SCHULZ, S. 3.

47 SCHULZ, S. 423.

48 SCHULZ, S. 444.

49 SCHULZ, a.a.O.

50 Normen wie §§ 281, 556, 604, 816, 862, 894, 1007, 2287, BGB; § 47 PatG usw. Sie alle bilden nach SCHULZ eine "Zusammengehörigkeit", die es erlaube, deren Rechtsfolge in analoger Anwendung auf sein "Recht auf den Eingriffserwerb" zu erstrecken. (SCHULZ, S. 1 bis S. 426).

Kritisch sei dazu nur soviel vermerkt, dass gerade die Vielzahl der von SCHULZ angeführten, die unterschiedlichsten Lebenssachverhalte regelnden Normen es methodisch fragwürdig erscheinen lässt, auf dem Weg der Rechtsanalogie ein allgemeines und allumfassendes Prinzip abzuleiten. Kann doch nur aus solchen Tatbeständen, die in einer bestimmten Hinsicht übereinstimmen, eine Rechtsfolge als allgemein gültiger Grundsatz entnommen und alsdann auf andere im Gesetz nicht geregelte, jedoch im wesentlichen gleichgelagerte Tatbestände übertragen werden.

Als Ergebnis seiner Untersuchung über die "Theorie der sog. Bereichsansprüche" fordert SCHULZ die Auflösung aller Anspruchskategorien zugunsten seiner Lehre vom Eingriffserwerb⁵¹. Denn alle in der Rechtsordnung vorgesehenen Ansprüche entstammten letztlich aus Eingriffen in fremde Rechte, und zwar regelmässig aus widerrechtlichen Eingriffen⁵². So begründet er selbst in Fällen der Leistungskondition die Widerrechtlichkeit damit, dass der Schuldner etwas, ein "indebitum", in Empfang nehme, das zu fordern er nicht berechtigt gewesen wäre⁵³.

SCHULZ sieht in seinem Prinzip "eine Umkehrung der Schadensersatzidee"⁵⁴. Deshalb sei - ungeachtet eines Verschuldens⁵⁵ - im Vermögen des Schuldners derjenige Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der Eingriff nicht erfolgt wäre⁵⁶. Einzige Voraussetzungen sind nach SCHULZ: Eingriff, Eingriffserwerb und Kausalzusammenhang zwischen Eingriff und Erwerb⁵⁷. An einem Kausalzusammenhang fehle es stets dann, wenn der Eingreifer dasselbe Eingriffsresultat auch ohne den Eingriff hätte erreichen können⁵⁸.

51 SCHULZ, S. 473.

52 SCHULZ, S. 482. So stellt für SCHULZ die Nichterbringung einer Leistung einen widerrechtlichen Eingriff in eine Obligation dar. Streng genommen gibt es nach ihm keine "Kontraktsansprüche", sondern lediglich "Kontraktsverletzungsansprüche" (SCHULZ, S. 446).

53 SCHULZ, S. 435.

54 SCHULZ, S. 445.

55 SCHULZ, S. 442.

56 SCHULZ, S. 28.

57 SCHULZ, S. 431.

58 SCHULZ, S. 430.

II. GEWINNHAFTUNG ALS SANKTION FÜR WIDERRECHTLICHES HANDELN (JAKOBS)

Es dauerte über ein halbes Jahrhundert, bis dass SCHULZ' gewagte Ideen erstmals wieder (im Jahre 1964) von JAKOBS aufgegriffen und - unter teilweiser Berücksichtigung der gegen SCHULZ gerichteten Kritik⁵⁹ - in modifizierter Form neu verkündet wurden.

Ausgangspunkt bildet auch für JAKOBS das Prinzip, dass grundsätzlich niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff einen Gewinn erzielen dürfe⁶⁰. Im Gegensatz zu SCHULZ, der alle in der Rechtsordnung enthaltenen Ansprüche aus seinem "System der Rechte auf den Eingriffserwerb" ableiten will, beschränkt JAKOBS den Anwendungsbereich der Widerrechtlichkeitstheorie auf die Fälle der Eingriffskondition.

Die widerrechtliche Handlung des Eingreifers stelle den notwendigen Kontakt her zwischen dem Erwerb des Nichtberechtigten und dem Vermögen des Berechtigten⁶¹. Damit eine Vermögensvermehrung "auf Kosten eines andern" erlangt sei, genüge es, dass der Eingriffserwerb die Folge einer Handlung sei, die im Widerspruch zum Recht eines andern mit "vermögensrechtlicher Tragweite"⁶² stehe, dass mithin der Eingriffserwerb den Vermögensstand eines anderen "berühre"⁶³. Dies sei stets dann der Fall, wenn dem Verletzten ein U n t e r l a s s u n g s - a n s p r u c h zugestanden hätte: "Wenn es verboten ist, einen Gewinn zu erzielen, so muss die Konsequenz davon sein, dass ein unter Verstoß gegen dieses Verbot erzielter Gewinn herauszugeben ist Die Zuerkennung des Verbotungsrechts ... begründet deren (sc. der verletzten Person) Legitimation, die verbotswidrig erlangten Vorteile

59 Dazu unten S. 19 ff.

60 JAKOBS, S. 55.

61 JAKOBS, S. 28 f., 42, 54 f.

62 JAKOBS, S. 64.

63 JAKOBS, S. 64, 109.

zu kondizieren."⁶⁴ Nach JAKOBS macht es für die Legitimation des Berechtigten keinen Unterschied, ob er die gewinnbringende Handlung eines andern nur verbieten kann, oder ob er ausschliesslich zur Vornahme dieser Handlung berechtigt ist. Denn der Gewinn ist nicht deshalb herauszugeben, weil er "irgendwie noch zum Vermögen des Eigentümers gehört", sondern "weil die Sanktion dies gebietet"⁶⁵.

III. KRITISCHE WUERDIGUNG DER WIDERRECHTLICHKEITSTHEORIE

A. Bedeutung der Widerrechtlichkeitstheorie

Obwohl die Widerrechtlichkeitstheorie in der Form wie sie von SCHULZ vertreten wurde - mit dem Postulat der Auflösung der gesamten Rechtsordnung zugunsten des Systems der Rechte auf den Eingriffserwerb - in der Literatur weitgehend auf Ablehnung gestossen ist⁶⁶, hat SCHULZ dennoch mit seinem Prinzip, dass niemand durch widerrechtliches Handeln Gewinn erzielen dürfe, ein Argument herausgebildet, das bis heute die wichtigste Begründung für eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung geblieben ist. Wohl wurde fortan die Widerrechtlichkeitstheorie auf die Eingriffskondition beschränkt (so erstmals JAKOBS), die Grundkonzeption ist jedoch diesselbe geblieben, nämlich die Anknüpfung der Bereicherungshaftung an einen widerrechtlichen Eingriff. So wurden denn Modifikationen lediglich in dem Sinne vorgenommen, dass die Anspruchsvoraussetzungen - widerrechtlicher Eingriff, Eingriffserwerb

64 JAKOBS, S. 106.

65 JAKOBS, a.a.O.

66 LARENZ, SchR II, § 68 II, S. 532; ENNECERUS/LEHMANN, § 222 N 1; MEDICUS, § 28 II, Rdn 704; KLEINHEYER, S. 473; KELLMANN, S. 108 ff.; WILBURG, S. 25 ff.; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 83; REEB, S. 33 f.; ROTHOEFT, AcP 166, S. 246 ff.

und Kausalzusammenhang - entweder mit einem zusätzlichen Kriterium⁶⁷ oder mit einem Ausnahmekatalog⁶⁸ ergänzt wurden, um so gewissen Unstimmigkeiten der SCHULZSCHEN Theorie Rechnung zu tragen.

Ein Grund für das stete Wiederaufleben der Widerrechtlichkeitstheorie ist die - verglichen mit der Zuweisungstheorie - relativ einfache und klare Begriffsbestimmung. Dann aber - und dies scheint allenthalben ausschlaggebend zu sein - ermöglicht es die Widerrechtlichkeitstheorie problemlos, bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und bei unlauterem Wettbewerb einen Gewinnherausgabeanspruch zu begründen.

B. Kritik der Widerrechtlichkeitstheorie

1. Unvollständige Erfassung der Bereicherungsfälle

Ungeachtet der an sich begrüßenswerten Einfachheit ihrer Anwendung, vermag die Widerrechtlichkeitstheorie nicht restlos zu überzeugen. So erscheint ihr Anwendungsbereich das eine Mal als zu weit, das andere Mal als zu eng.

Zu weit ist die Widerrechtlichkeitstheorie insofern, als sie Fälle erfasst, in denen ein Bereicherungsausgleich geradezu interessenwidrig erscheint. So müsste beispielsweise der Schmied, der sich zugunsten des benachbarten Komponisten vertraglich verpflichtet hat, zu bestimmten Zeiten nicht zu hämmern, im Falle des Verstosses zur Herausgabe

67 Zusätzlich einen Unterlassungsanspruch nehmen an: JAKOBS, S. 106; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 91; REEB, S. 44; KELLMANN, S. 92; SCHAUFELBERGER nur am Rande, S. 129 (bei FN 303).

68 So z.B. SCHAUFELBERGER, S. 214, 217 f., 226.

des dadurch erzielten Gewinnes verpflichtet werden⁶⁹. Oder - um ein zweites Beispiel zu nennen - überholte ein eiliger Geschäftsmann, damit er einen wichtigen und gewinnversprechenden Termin nicht versäumt, in gefährlicher und die Verkehrsvorschriften verletzender Weise einen anderen Verkehrsteilnehmer, so hätte der Gefährdete einen Anspruch auf den vom Geschäftsmann durch den Geschäftsabschluss erzielten Gewinn⁷⁰.

Zu eng ist die Widerrechtlichkeitstheorie insofern, als gewisse Fälle, die notwendig eines Bereicherungsausgleiches bedürfen, unerfasst bleiben. So versagt die Widerrechtlichkeitstheorie stets dann, wenn der Bereicherungsvorgang auf einer rechtmässigen Handlung - z.B. im Falle eines Notstandes⁷¹ - oder auf einem Naturvorgang⁷² oder auf der Handlung eines Dritten⁷³ beruht.

Diese Fälle machen deutlich, dass der widerrechtliche Eingriff keine ausreichende Legitimation zur Kondiktion abgeben kann, dass es vielmehr einer besonderen Beziehung zwischen dem erlangten Vorteil und dem Bereicherungsgläubiger bedarf, damit der Vorteil "aus dem Vermögen"

69 Das Beispiel stammt von WILBURG, S. 105.
Nicht zu überzeugen vermag das von SCHAUFELBERGER (S. 88, 182, 120) erhobene Gegenargument, dass sowohl nach SCHULZ wie nach JAKOBS die Bereicherung nur soweit kondiziert werden könne, als sie durch den Eingriff kausal erlangt sei. Dies sei im genannten Beispiel eben nicht der Fall, da der Schmied denselben Gewinn hätte erzielen können, wenn er zu einer anderen Zeit gearbeitet hätte. - Es sei an dieser Stelle lediglich die Frage erlaubt, wie denn wohl zu entscheiden wäre, wenn der fleissige Schmied seine vertraglich "erlaubten" Tagesstunden stets voll ausgeschöpft hätte?

70 Das Beispiel stammt von KLEINHEYER, S. 471.

71 Der vom Schneesturm überraschte Alpinist bricht in eine Hütte ein und verzehrt den sich dort befindlichen Proviant (Beispiel entnommen: SCHAUFELBERGER, S. 217). Diesfalls erlaubt das Gesetz selbst den Eingriff und regelt auch die Rechtsfolgen (Art. 52 II OR).

72 Die Kühe des A grasen ohne sein Zutun die Wiese des B ab.

73 Der Handwerker des Bauunternehmers A verbaut Material des Bauunternehmers B in das Haus des E.

des Bereicherungsgläubigers stammt, ohne dass dabei aber wieder an die Voraussetzung einer Vermögensverschiebung angeknüpft werden soll⁷⁴.

2. Annäherung der Bereicherungshaftung an die Deliktshaftung

Sowohl für SCHULZ wie für JAKOBS stellt die Eingriffskondition eine Sanktion für widerrechtliches Handeln dar. Dadurch wird das Bereicherungsrecht in unzulässiger Weise dem Deliktsrecht angenähert. Diese Annäherung erfolgt in Verkenning eines unterschiedlichen Unrechtsgehaltes bei der ungerechtfertigten Bereicherung und der unerlaubten Handlung. Denn während die Ungerechtfertigtheit bei der Bereicherung einzig auf die objektive Unrechtslage abstellt⁷⁵, beruht das Unrecht bei der unerlaubten Handlung auf einer Wertentscheidung über eine schädigende Handlung, die sich als Abweichung von einem objektiven Normverhalten darstellt. Das Rechtswidrigkeitsurteil bewertet somit lediglich das Verhaltensunrecht, enthält aber keine Aussage bezüglich der Unrechtmässigkeit eines vom Verletzer erzielten Vorteils.

Auch der häufig erhobene Einwand, "es sei ein schwerer Irrtum, Zustände, Rechte, überhaupt Erfolge von Handlungen als rechtmässig oder rechtswidrig zu bezeichnen", es gäbe "kein rechtswidriges Eigentum..., nur rechtswidrige Handlungen"⁷⁶ vermag nicht zu überzeugen. Enthält doch die Rechtsordnung selbst Normen, deren Rechtsfolgen an die Unrechtmässigkeit eines Zustandes anknüpfen. So liegt z.B. der Gefähr-

74 Wenn JAKOBS ausführt, dass der Eingriffsgewinn nicht deshalb herauszugeben sei, weil er noch "irgendwie zum Vermögen" des Eigentümers gehöre, sondern weil die Sanktion dies gebiete, so verkennt er, dass es eben gerade um dieses "irgendwie zum Vermögen des Gläubigers gehören" geht, damit ein Bereicherungsanspruch gewährt werden kann (JAKOBS, S. 106).

75 FIKENTSCHER, § 97 III 2, S. 564.

76 SCHULZ, S. 438; vgl. auch WILHELM, S. 79; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 85.

dungshaftung - unabhängig von einem Handlungsunrecht - häufig ein störender Zustand bzw. eine störende Anlage zugrunde; oder bei der Besitzesschutzklage kann derjenige, der in seinem Besitz gestört ist, auf Beseitigung der Störung klagen (Art. 938 ZGB). Diese Beispiele machen deutlich, dass durchaus an die Unrechtmässigkeit eines Zustands angeknüpft werden kann, ohne dass eine unerlaubte Handlung vorliegen muss⁷⁷.

§ 3. ZUSAMMENFASSENDE VERGLEICH VON ZUWEISUNGS- UND WIDERRECHTLICHKEITSTHEORIE

Sowohl die Zuweisungs- als auch die Widerrechtlichkeitstheorie sind aus der Ablehnung der traditionellen Bereicherungslehre heraus entstanden. Die Anhänger beider Theorien sind sich darin einig, dass das Erfordernis der Vermögensverschiebung stets dann nicht zu genügen vermag, wenn der Bereicherungsvorgang nicht auf einer gegenständlichen Vermögensverschiebung, sondern auf einer Arbeitsleistung oder auf der Erlangung eines Gebrauchs- oder Nutzungsvorteils beruht.

In der einstimmigen Ablehnung des Dogmas von der Vermögensverschiebung erschöpft sich aber bereits das gegenseitige Einvernehmen der verschiedenen um Anerkennung ringenden Meinungen. Umso umstrittener ist es dafür, ob für die Eingriffskondition⁷⁸ an eine Unterscheidung nach

77 Verletzt der von einem Hausdach fallende Dachziegel eine Person, so haftet der Hauseigentümer nach Art. 58 OR unabhängig davon, ob er das Dach erst gerade kontrollieren liess (stellt letzteres doch lediglich eine Frage des Rückgriffs dar). Er haftet somit auch dann, wenn er nicht eine unerlaubte Handlung durch Unterlassung einer Sorgfaltspflicht begangen hat.

78 Die Einschränkung dieser neuen Theorien auf den Anwendungsbereich der Eingriffskondition wird von WILBURG, VON CAEMMERER und JAKOBS, nicht aber von SCHULZ, vorgenommen. Inwieweit es angebracht erscheint, im Bereicherungsrecht zwei verschiedene Anknüpfungsbegriffe - Leistung einerseits, widerrechtlicher Eingriff bzw. Zuweisungsgehalt eines Rechts andererseits - zu verwenden, je nachdem ob der Bereicherungsvorgang auf einer Leistung oder einem Eingriff beruht, vgl. dazu hinten S. 112.

Rechten mit und ohne Zuweisungsgehalt angeknüpft werden soll, oder ob es zu genügen vermag, wenn ein Eingriff in eine durch Delikts- und Unterlassungsanspruch geschützte Rechtsstellung erfolgt. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es aber weitgehend ab, ob die Eingriffskondition als Gewinnherausgabeanspruch oder als Wertersatzanspruch ausgebildet wird, und ob sie auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und bei Wettbewerbsverstößen Anwendung findet.

Folgt man der Widerrechtlichkeitstheorie⁷⁹, so ist jeder durch einen widerrechtlichen Eingriff erzielte Vermögensvorteil herauszugeben. Der Umfang des Anspruchs wird dabei lediglich durch das Erfordernis der Kausalität begrenzt. Auf diese Weise richtet sich der Anspruchsinhalt stets auch auf den vom Verletzer erzielten Gewinn. Denn das Vermögen des Bereicherungsschuldners ist auf denjenigen Stand zu bringen, den es ohne den widerrechtlichen Eingriff gehabt hätte. Als Umkehrung der Schadenersatzidee⁸⁰ erfolgt die Gewinnabschöpfung unabhängig von einem verletzten Vermögensinteresse des Bereicherungsgläubigers; sie ist vielmehr Sanktion für - unter Umständen sogar schuldloses - widerrechtliches Handeln.

Folgt man dagegen der Zuweisungstheorie⁸¹, so ist ein Vermögenserwerb stets dann und insoweit herauszugeben, als er im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts steht. Im Gegensatz zur Widerrechtlichkeitstheorie, die nur einseitig das Vermögen des Bereicherungsschuldners berücksichtigt, wird mit dem Erfordernis des Zuweisungsgehalts das verletzte Vermögensinteresse des Bereicherungsgläubigers

79 Ausser SCHULZ und JAKOBS auch KELLMANN, S. 90 ff.; HAINES, S. 68 ff.

80 SCHULZ, S. 445; JAKOBS, S. 61.

81 Die Zuweisungstheorie gilt heute als herrschende Lehre Deutschlands: ESSER, § 104 I, S. 365; LARENZ, SchR II, § 68 II, S. 532; MEDICUS, § 28 II, Rdn 709; VON CAEMMERER, S. 229 ff.; FIKENTSCHER, § 99 IV 1, S. 593; STAUDINGER, N 23 zu § 812; SOERGEL/SIEBERT/MUEHL, N 162 zu § 812.

dokumentiert. Hinter dem Kriterium des Zuweisungsgehalts birgt sich somit eine Wertungsfrage, die darüber Auskunft gibt, ob ein bestimmtes Rechtsgut neben dem Delikts- und Unterlassungsschutz auch noch dem Bereicherungsschutz unterstellt sein soll. Gerade weil es sich um eine Wertungsfrage handelt, kann die Beurteilung der Zuweisungsgehalte der einzelnen Rechte nicht für sämtliche Rechte einheitlich beantwortet werden⁸².

Die herrschende Lehre⁸³ hat nun die bei der Zuweisungstheorie sich stellende Wertungsfrage in dem Sinn beurteilt, dass sie nur den absoluten Rechten, die nicht nur Ausschlussrechte sind, einen Zuweisungsgehalt zuspricht. Und was den Umfang des Zuweisungsgehalts anbelangt, so erstreckt sich dieser - nach der (fast ganz) herrschenden Lehre⁸⁴ - nicht auch auf einen vom Verletzer erzielten Gewinn, sondern bleibt auf einen objektiven Wertersatz in Form einer angemessenen Vergütung beschränkt.

82 Gerade die Meinungsvielfalt, die bei der Beurteilung des Zuweisungsgehalts bestimmter Rechte herrscht, zeugt von der Notwendigkeit einer solchen Wertung und sollte nicht dadurch umgangen werden, dass ein einfacherer, aber dafür weniger differenzierter Anknüpfungsbegriff verwendet wird.

83 LARENZ, FS von Caemmerer, S. 209 ff., 220 f.; FIKENTSCHER, § 100 I, S. 606; SOERGEL/SIEBERT/MUEHL, N 164 zu § 812; ENNECERUS/LEHMANN, § 221 II 2, S. 878; MESTMAECKER, S. 523; NIPPERDEY, MDR 1955, S. 664; GURSKY, JR 1972, S. 280; KOENIG, S. 179 ff.

84 Als Wertersatzanspruch: vgl. oben FN 83; A.M., als Gewinnherausga-beanspruch: ESSER, § 104 II, S. 369; ferner: WILBURG, S. 122 ff.; WILHELM, S. 98 ff.

3. KAPITEL: VERSUCHE EINER NEUBEGRÜNDUNG DER BEREICHERUNGSLEHRE IN DER SCHWEIZ

§ 1. BEREICHERUNG INFOLGE "BEEINTRÄCHTIGUNG EINER FREMDEN RECHTSSPHERE" (SCHAUFELBERGER)⁸⁵

I. BEZIEHUNG ZWISCHEN SCHADENERSATZ- UND BEREICHERUNGSRECHT

Der "generelle Zweck" des Bereicherungsrechts liegt für SCHAUFELBERGER "nicht in der Rückgängigmachung rechtsgrundlos erfolgter Vermögensverschiebungen"⁸⁶, sondern in der "Abschöpfung ungerechtfertigt erlangter Vorteile"⁸⁷. "Im Gegensatz zum Schadenersatzrecht soll im Vermögen des Schuldners der Zustand hergestellt werden, wie er ohne das bereichernde Ereignis wäre"⁸⁸.

Aus dem Vergleich des Schadenersatzrechts mit dem Bereicherungsrecht ergibt sich für SCHAUFELBERGER eine "Symmetrie der Anspruchsinhalte" - denn "Schaden ist Vermögensverminderung, Bereicherung dagegen Vermögensvermehrung"⁸⁹ - , so dass "ähnlich gelagerte Probleme ... gegebenenfalls analog bzw. e contrario zu lösen"⁹⁰ sind.

In der Anerkennung von "Liquidationsmöglichkeiten der tatsächlichen Vermögensvermehrung" sieht SCHAUFELBERGER eine neue "wirtschaftliche

85 Die nun folgende Darstellung hält sich im wesentlichen an den von SCHAUFELBERGER gewählten Aufbau.

86 SCHAUFELBERGER, S. 7.

87 SCHAUFELBERGER, S. 11.

88 SCHAUFELBERGER, S. 11/12.

89 SCHAUFELBERGER, S. 9.

90 SCHAUFELBERGER, S. 10.

Funktion" der Eingriffskondition, die vor allem bei Verletzung gewerblicher Rechtsgüter, unlauterem Wettbewerb und Persönlichkeitsrechtsverletzungen von Bedeutung sein könne⁹¹. Damit hat SCHAUFELBERGER - wie er nachfolgend zu zeigen versucht - sein eigentliches Anliegen formuliert: nämlich die Begründung einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung, insbesondere im Bereich von Wettbewerbs- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen.

II. VORAUSSETZUNG DES BEREICHERUNGSANSPRUCHS

A. Bereicherung

Ausgehend vom bereicherungsrechtlichen Vermögensbegriff - als Zusammensetzung aller einer Person durch subjektive Rechte zum Haben und Nutzen zugewiesenen wirtschaftlichen (im Sinne von geldwerten) Güter⁹² - definiert SCHAUFELBERGER die Bereicherung als "tatsächliche(n) Vermögenszuwachs"⁹³ im Vermögen des Bereicherten. Als "Gegenstück zum Schaden"⁹⁴ umfasse die Bereicherung jeden Geldvorteil. So sei "auch das Resultat erfolgreicher wirtschaftlicher Tätigkeit, mithin auch ein Zufalls- oder Konjunkturgewinn durch eigene Güter, Bereicherung; m.a.W. 'Bereicherung' und 'Gewinn' (seien) synonyme Begriffe"⁹⁵. Und ebenso wie Schaden infolge entgangenen Gewinns erlitten werden könne, entstehe auch die Ersparnisbereicherung durch Nichtverminderung des Vermögens⁹⁶.

91 SCHAUFELBERGER, S. 25.

92 SCHAUFELBERGER, S. 38 bis 46.

93 SCHAUFELBERGER, S. 47.

94 SCHAUFELBERGER, a.a.O.

95 SCHAUFELBERGER, S. 48.

96 SCHAUFELBERGER, S. 61.

B. Bereicherung "aus dem Vermögen eines andern"

1. Interpretation des Erfordernisses "aus dem Vermögen eines andern" im Sinne von "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre"

SCHAUFELBERGER hält der in der Schweiz herrschenden Doktrin und Praxis, wonach nur dann ein Bereicherungsanspruch gewährt wird, wenn beim Gläubiger ein Schaden in Höhe der Bereicherung vorliegt, wiederholt⁹⁷ entgegen, dass einer solchen Betrachtungsweise ein *q u a s i d e l i k t i s c h e s* Bereicherungsverständnis zugrundeliege. Da der Bereicherungsanspruch aber eben nicht dem Ausgleich einer Vermögensverminderung, sondern dem Ausgleich einer von einem Schaden grundsätzlich unabhängigen Vermögensvermehrung diene, könnten die "Grundsätze des Haftpflichtrechts nicht unbesehen auf das Bereicherungsrecht übertragen werden"⁹⁸.

Dagegen lasse sich ein systematischer und funktioneller Zusammenhang des Bereicherungsrechts mit der Vindikation einerseits und mit den Herausgabeansprüchen aus Besitz andererseits erkennen. Gehe es doch auch bei diesen Ansprüchen darum, im Vermögen des Beklagten den Zustand wieder herzustellen, wie er ohne den rückgängig zu machenden Besitzes- bzw. Vermögenserwerb wäre; m.a.W. es gehe um das Abschöpfen unrechtmässiger Vorteile aus dem Vermögen des Beklagten⁹⁹.

An die Stelle einer Vermögensverschiebung bzw. einer der Bereicherung entsprechenden Entreicherung als Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs setzt SCHAUFELBERGER die Voraussetzung der "Beeinträchtigung

97 SCHAUFELBERGER S. 66, 103, 116, 120.

98 SCHAUFELBERGER, S. 104: "Wer aber sagt, der Bereicherungsanspruch sei auf den Umfang der Entreicherung des Klägers limitiert, wendet das schadenersatzrechtliche Prinzip, Schadenersatz dürfe nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen, auf das Bereicherungsrecht an."

99 SCHAUFELBERGER, S. 105, 106.

einer fremden Rechtssphäre".

Unter Rechtssphäre versteht er dabei jenen Teil der Aussenwelt, der einem Rechtssubjekt durch Gewährung von subjektiven Rechten an Gütern einen abgegrenzten, individuellen Machtbereich anerkennt¹⁰⁰. So zählten einerseits die Vermögensrechte, andererseits die Persönlichkeitsrechte dazu¹⁰¹. Die "Güterzuordnungsfunktion" der subjektiven Rechte bestehe darin, dass sie einer Person die Dispositionsfreiheit bzw. die Verfügungsmacht über ein Gut gewährten und Dritte davon ausschlossen¹⁰².

Beeinträchtigt ist eine Rechtssphäre dann, "wenn ihr Rechtsträger in der Ausübung der uneingeschränkten, rechtlich anerkannten Herrschaft über ein ihm durch subjektives Recht zugeordnetes Gut gestört wird, sei es, weil ihm die Herrschaft darüber infolge Zerstörung oder Entzug des Gutes gänzlich verunmöglicht ist, sei es weil er in der Ausübung einzelner Befugnisse gehindert oder gehemmt wird"¹⁰³; oder einfacher ausgedrückt, immer dann, wenn die "Verletzung fremder Herrschaftsbefugnisse"¹⁰⁴ vorliegt.

2. Entstehung der Bereicherung auf Kosten eines andern

Damit eine Bereicherung auf Kosten eines andern erlangt sei, müsse zwischen der Bereicherung einerseits und der Beeinträchtigung andererseits ein Sachzusammenhang bestehen¹⁰⁵. Dieser Sachzusammenhang ergebe sich durch das gleichzeitig die Bereicherung wie die Beeinträchtigung bewirkende Ereignis, das entweder auf einer Zuwendung, einem Eingriff oder einem Zufall beruhe¹⁰⁶.

100 SCHAUFELBERGER, S. 126.

101 SCHAUFELBERGER, S. 127 f.

102 SCHAUFELBERGER, a.a.O.

103 SCHAUFELBERGER, S. 130.

104 SCHAUFELBERGER, S. 129.

105 SCHAUFELBERGER, S. 140.

106 SCHAUFELBERGER, S. 141.

3. Umfang der auf Kosten eines andern erlangten Bereicherung

Nach SCHAUFELBERGER beurteilt sich der Umfang der Bereicherung nach dem "tatsächliche(n) Wertzuwachs", der "kausal auf das bereicherungsverursachende Ereignis" zurückgeführt werden kann. Dabei liessen sich "zwei Komponenten" unterscheiden: Die objektive Bereicherung einerseits und die subjektive Bereicherung, der Gewinn, andererseits.

Die objektive Bereicherung bestehe in dem Wert, der "jeder beliebige Dritte" aufgrund desselben Ereignisses ebenfalls erlangt hätte¹⁰⁸. Bei einer Vermögensverschiebung sei dies der objektive Wert des verschobenen Vermögensteils; bei einer Verfügung über fremdes Gut, der erlangte Veräusserungserlös, der gewöhnlich dem Verkehrswert des betreffenden Gutes entspreche¹⁰⁹; und beim Gebrauch oder Verbrauch fremden Gutes bestehe die Bereicherung in der dadurch erlangten Ersparnis, deren Berechnung "im einzelnen aufgrund eines fingierten Vertrages"¹¹⁰ erfolge.

"Anstelle oder neben" einer objektiven Bereicherung könne auch, als Resultat eigener wirtschaftlicher Tätigkeit, eine subjektive Bereicherung (Gewinn) eintreten¹¹¹. Da SCHAUFELBERGER zur Bereicherung den "gesamten tatsächlichen Wertzuwachs" zählt, der kausal auf das bereichernde Ereignis zurückzuführen ist, "so erhellt, dass auch ein Gewinn auf Kosten des Beeinträchtigten geht"¹¹².

Ein bereicherungsrechtlicher Gewinnherausgabeanspruch sei auch rechtspolitisch notwendig; denn nur auf diese Weise könne das "Postulat,

107 SCHAUFELBERGER, S. 147.

108 SCHAUFELBERGER, S. 148.

109 SCHAUFELBERGER, S. 149.

110 SCHAUFELBERGER, a.a.O.

111 SCHAUFELBERGER, S. 152.

112 SCHAUFELBERGER, S. 163.

dass niemand aus widerrechtlichem Eingriff Gewinn ziehen dürfe" ¹¹³ , vollumfänglich verwirklicht werden.

Bei der Gewinnerzielung durch unlauteren Wettbewerb stellt SCHAUFELBERGER für die Beurteilung der Frage, ob der Gewinn auf Kosten eines andern entstanden sei, darauf ab, ob der Betroffene entweder in seinen subjektiven Rechten verletzt sei ¹¹⁴ oder einen Schaden ¹¹⁵ erlitten habe. Was das Erfordernis des Schaden, anbelange, so sei jeder im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf erzielte Gewinn auf Kosten eines andern, unabhängig davon, ob er auf lautere oder unlautere Weise erlangt worden sei.

Eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts will SCHAUFELBERGER dort zulassen, wo die Bereicherung nicht auf Kosten eines "individuell-identifizierbaren Rechtssubjekts" erlangt worden sei, denn in diesem Fall könne kein "privatrechtliches Schuldverhältnis" ¹¹⁶ entstehen.

Der Umfang der Bereicherung bestimmt sich nach SCHAUFELBERGER grundsätzlich nach der natürlichen Kausalität. Es genüge, wenn das bereicherungsverursachende Ereignis "conditio sine qua non" für die eingetretene Bereicherung sei ¹¹⁷.

Beruhe die Bereicherung auf einem Gewinn, so sei das bereicherungsverursachende Ereignis in dem Sinne dafür kausal, als es "noch als

113 SCHAUFELBERGER, S. 162.

114 SCHAUFELBERGER, S. 177.

115 SCHAUFELBERGER, a.a.O. FN 509: "Denn Schaden ist nach schweizerischem Recht immer Vermögensschaden, also Vermögensverminderung. Das Vermögen seinerseits gehört aber zu den von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsgütern einer Person und beruht auf relativen und absoluten Rechten". Vgl. auch hinten, FN 307.

116 SCHAUFELBERGER, S. 178.

117 SCHAUFELBERGER, a.a.O.

wesentliche Bedingung" für den erzielten Gewinn anzusehen sei ¹¹⁸. Oder negativ ausgedrückt, "massgebend sei, dass 'man' den betreffenden Gewinn normalerweise" ¹¹⁹ nicht hätte machen können. Ein solcher Entscheid appelliere, wie jedes Zurechnungsproblem, "nicht an die Logik, sondern an die praktische Vernunft" ¹²⁰.

C. Ungerechtfertigkeit der Bereicherung

Die allgemeine Bedeutung der Ungerechtfertigkeit ergibt sich für SCHAUFELBERGER aus der "Diskrepanz zwischen formellem Recht und materieller Gerechtigkeit" ¹²¹. Ungerechtfertigt ist somit eine Bereicherung dann, wenn es "rechtsmissbräuchlich (ZGB 2.II) erschiene, wenn sich der Bereicherte auf die formelle Berechtigung berufen dürfte" ¹²². Für die Konkretisierung" ¹²³ dieses "Prinzips" ¹²⁴ nimmt er alsdann eine Zweiteilung der Bereicherungsfälle in Zuwendungs- und Eingriffskon-
ditionen vor.

Bei der - regelmässig auf einer Vermögensverschiebung beruhenden - Zuwendungskondition ergebe sich die Ungerechtfertigkeit aus der Grundlosigkeit der Zuwendung ¹²⁵.

Für das "Ausmass der Ungerechtfertigkeit" ¹²⁶ stellt SCHAUFELBERGER

118 SCHAUFELBERGER, S. 188.

119 SCHAUFELBERGER, S. 190.

120 SCHAUFELBERGER, S. 191 unter Hinweis auf OFTINGER I, S. 76, der diese Feststellung im Zusammenhang mit dem adäquaten Kausalzusammenhang trifft.

121 SCHAUFELBERGER, S. 198.

122 SCHAUFELBERGER, S. 201.

123 SCHAUFELBERGER, S. 206.

124 SCHAUFELBERGER, S. 203.

125 SCHAUFELBERGER, S. 209.

126 SCHAUFELBERGER, S. 212.

darauf ab, ob der Bereicherte gut- oder bösgläubig gewesen ist.

Bei gutem Glauben des Bereicherten rechtfertige es sich - in "Analogie zu ZGB 938 und auch aus OR 64"¹²⁷ -, dass die Bereicherung lediglich im Umfang der objektiven Bereicherung ungerechtfertigt sei, während die infolge Nutzung eingetretene subjektive Bereicherung im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs - und damit nicht ungerechtfertigt - erlangt sei.

Beim bösgläubig Bereicherten dagegen erstrecke sich das Ausmass der Ungerechtfertigkeit - "in Analogie zu Art. 940 I ZGB"¹²⁸ - auch auf die gezogenen Nutzungen. Nur ausnahmsweise, bei Verschulden des Zuwendenden, sei eine "Verteilung der vom Bereicherten gezogenen Nutzungen"¹²⁹ vorzunehmen.

Bei der durch Eingriff in eine fremde Rechtssphäre erlangten Bereicherung ergebe sich die Ungerechtfertigkeit der Bereicherung regelmässig aus der Widerrechtlichkeit des Eingriffs¹³⁰. Es seien keine Fälle denkbar, wo trotz widerrechtlichem Eingriff keine Ungerechtfertigkeit der Bereicherung vorliege¹³¹. Kein Zweifel bestehe dabei, dass das "Ausmass der Ungerechtfertigkeit" im Umfange der objektiven Bereicherung gegeben sei, was entweder der objektive Wert der Vermögensverschiebung, oder aber die Ersparnis sei¹³².

Aber auch die subjektive Bereicherung (der Gewinn) gebühre grundsätzlich dem Beeinträchtigten. Dies ergebe sich aus dem Prinzip der Rechte auf den Eingriffserwerb, dessen rechtspolitische Funktion als "mora-

127 SCHAUFELBERGER, S. 213.

128 SCHAUFELBERGER, a.a.O.

129 SCHAUFELBERGER, S. 214 FN 115: "Die Verteilung der Nutzungen kann nach den Grundsätzen von Art. 44 I OR und Art. 727.1 ZGB erfolgen". Eine weitere Begründung führt er nicht an.

130 SCHAUFELBERGER, S. 216.

131 SCHAUFELBERGER, S. 221.

132 SCHAUFELBERGER, a.a.O.

lisch und ethisch richtig" kaum je bestritten worden sei¹³³. Die "deliktische Natur des Eingriffs" ist für SCHAUFELBERGER Legitimation genug, dass ein durch "unerlaubte Handlung kausal" erzielter Gewinn grundsätzlich ungerechtfertigt ist. Die Gewinnherausgabe ist "zivilrechtliche Sanktion": "Durch Abschöpfen seines (sc. des Eingreifers) 'Zuviels' soll dessen Verhalten sanktioniert werden"¹³⁴.

"Mit dem Gewinnherausgabeanspruch ist somit der Berührungspunkt (...) zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht erreicht (...). Dem Bereicherungsrecht ist der Gewinnherausgabeanspruch deswegen zuzuschlagen, weil er nicht den Ausgleich, den Ersatz des Schadens, sondern die Abschöpfung ungerechtfertigter Vermögensvorteile bezweckt, was der Funktion des Bereicherungsrechts entspricht"¹³⁵.

Eine Ausnahme vom Gewinnherausgabeanspruch rechtfertigt sich für SCHAUFELBERGER aber dann, wenn der Eingreifer schuldlos gehandelt hat, da es in diesem Fall "systemwidrig wäre, wollte man einen Gewinnherausgabeanspruch auch ohne Verschulden einräumen, nachdem Schadenersatz grundsätzlich nur bei Verschulden zu leisten sei, und auch die Bereicherungsansprüche gemäss OR 64 bei gutem und bösem Glauben des Bereichernden verschieden seien"¹³⁶. Dem Eingreifer solle der Exkulpationsbeweis offen stehen, denn es könne "offensichtlich" nicht Sache des Beeinträchtigten sein, ein Verschulden des Eingreifers nachzuweisen. Dies erhele aus der Tatsache, dass ein durch rechtswidrigen Eingriff erzielter Gewinn "regelmässig" die "Vermutung" nahelege, der Eingreifer habe "schuldhaft"¹³⁷ gehandelt.

133 SCHAUFELBERGER, S. 222. unter Hinweis auf SCHULZ' "System der Rechte auf den Eingriffserwerb". (Vgl. vorne S. 15).

134 SCHAUFELBERGER, S. 226.

135 SCHAUFELBERGER, a.a.O.

136 SCHAUFELBERGER, S. 227, unter Hinweis (in FN 165/166) auf HOFSTETTER (S. 212), BIRRER (S. 109 ff.) und AMREIN (S. 166), wobei SCHAUFELBERGER es allerdings unterlässt, zu erwähnen, dass die genannten Autoren ihre diesbezüglichen Feststellungen im Zusammenhang mit der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag getroffen haben.

137 SCHAUFELBERGER, S. 228.

§ 2. KRITISCHE WUERDIGUNG DER BEEINTRAECHTIGUNGSTHEORIE

I. BEDEUTUNG DER BEEINTRAECHTIGUNGSTHEORIE

SCHAUFELBERGERS Dissertation ist als ein für die Schweiz erster Versuch einer Gesamtdarstellung¹³⁸ des Bereicherungsrechts zu werten. Er hat damit zugleich ein Thema aufgegriffen, das in Deutschland nun während beinahe 50 Jahren Gegenstand unzähliger Diskussionen und Abhandlungen bildete und auch im gegenwärtigen Zeitpunkt als noch nicht abgeschlossen gelten kann.

Methodisch geht SCHAUFELBERGER dergestalt vor, dass er zunächst die Funktion des Bereicherungsrechts klärt und, anhand des so neu gewonnenen Bereicherungsverständnisses, die bisherigen Anspruchsvoraussetzungen - Bereicherung, "aus dem Vermögen eines andern", Ungerechtfertigkeit - punktuell überdenkt und neu formuliert. Als Resultat präsentiert sich ein Bereicherungsrecht mit "wirtschaftlichen Funktionen"¹³⁹, in dem sich auch ein Gewinnherausgabeanspruch unterbringen lässt, und zwar ein Gewinnherausgabeanspruch, der - der eigentlichen Intention des Verfassers folgend - selbst bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und bei unlauterem Wettbewerb nicht versagt und dadurch ein - verglichen mit der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) - erweitertes Anwendungsgebiet erfährt¹⁴⁰.

138 Obwohl SCHAUFELBERGER seine Arbeit unter den Titel "Bereicherung durch unerlaubte Handlung" stellte und somit mehr die Eingriffskondiktion im Auge hatte, befasste er sich - zur "Verdeutlichung der Unterschiede" (Vorwort, S. II) - auch mit der Leistungskondiktion, so dass die von ihm vorgeschlagene Lösung zumindest einer Gesamtdarstellung sehr nahe kommt.

139 SCHAUFELBERGER, S. 25.

140 SCHAUFELBERGER, S. 246.

II. KRITIK DER BEEINTRÄCHTIGUNGSTHEORIE

A. Neuinterpretation der Wendung "aus dem Vermögen eines andern" im Sinne von "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre"

Kernpunkt der von SCHAUFELBERGER vorgeschlagenen Bereicherungsrechtskonzeption bildet die Neuinterpretation der Wendung "aus dem Vermögen eines andern" im Sinne von "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre" ¹⁴¹. Diese Interpretation ergebe sich als logische Folge einerseits aus der Funktion der Wendung "aus dem Vermögen eines andern", die "wohl" darin bestehe, den Anspruchsberechtigten zu bestimmen, andererseits aus dem "landläufigen" Sinn dieser Wendung, die allgemein "Beeinträchtigung" von irgend etwas bedeute ¹⁴².

141 Dieselbe Wendung findet sich auch bei:

- LARENZ, § 72 I c, S. 607 (im Zusammenhang mit dem Deliktsrecht). Damit eine "Verletzung" als rechtswidrige Handlung gelt, genüge die Beeinträchtigung eines Rechts oder Rechtsgutes eines andern.
- ESSER, S. 395 f., 403 ff. (im Zusammenhang mit dem Deliktsrecht) und S. 363 (jedoch nur für die Eingriffskondiktion).
- KAEHLER, S. 44 ff. versteht die Interpretation "auf Kosten eines andern" als Verstoß gegen die Rechtssphäre, S. 44 ff. Vgl. dazu aber die Kritik von J. WOLF, S. 109 FN 230: "Die bloße Beeinträchtigung eines Rechts oder rechtlich geschützten Interesses begründet eben noch keinen Anspruch auf Herausgabe des infolgedessen Erlangten".
- TRACHSLER (z.B. S. 70, 119, 134) umschreibt die Verletzungstatbestände im Zusammenhang mit der Fotografie ebenfalls als (rechtswidrige) Beeinträchtigung der Persönlichkeit.
- PICKER (S. 49 ff., insbes. 56) verwendet die "Beeinträchtigung" zur Umschreibung des negatorischen Beseitigungsanspruchs, S. 49 ff., insbes. S. 56.
- Nicht zuletzt findet sich diese Wendung auch in Bundesgerichtsurteilen, jedoch immer nur im Zusammenhang mit der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR). Vgl. hinten S. 164.

142 SCHAUFELBERGER, S. 125.

Vergleicht man diese seine Interpretation mit den bereits bestehenden, modernen Bereicherungsrechtstheorien - der Zuweisungs- und der Widerrechtlichkeitstheorie -, so scheint auf ersten Anhieb in der Tat etwas Neues geschaffen, das ein alle Bereicherungsfälle - mithin Leistungs-, Eingriffs- und Zufallskondition - umfassender, gemeinsamer Anknüpfungspunkt bildet. Bei näherer Betrachtung jedoch - es sei hier das Resultat bereits vorweggenommen - kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass mit der Wendung "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre" lediglich eine geänderte Terminologie dessen vorliegt, was auch als "Verletzung fremder subjektiver Rechte" bezeichnet werden kann, so dass SCHAUFELBERGERS Lösungsvorschlag bei der Widerrechtlichkeitstheorie¹⁴³ angesiedelt werden muss.

1. Unklarheit bezüglich der Umschreibung "Rechtssphäre"

Obwohl SCHAUFELBERGER für die Umschreibung der Rechtssphäre zunächst auf die für die Zuweisungstheorie entwickelten Lehrsätze abstellt¹⁴⁴ - so spricht er von der "Güterzuordnungsfunktion"¹⁴⁵ der subjektiven Rechte -, unterlässt er es aber, gerade jene subjektiven Rechte, die eben keine Güterzuordnungsfunktion haben oder wo es zumindest sehr umstritten ist, von der von ihm im Sinne der Zuweisungstheorie definierten Rechtssphäre auszuschliessen. So hält er insbesondere bei den Persönlichkeitsrechten dafür, dass sie wohl am "zugeordneten Gut der Person nicht ein e i g e n t l i c h e s Haben und Nutzen"¹⁴⁶ gewährt, zur Rechtssphäre einer Person seien sie aber deshalb zu zählen, weil man die "Herrschaftsrechte im Gegensatz zu den sogenannten sekun-

143 Vgl. vorne S. 15 ff.

144 Vgl. vorne S. 8 ff.

145 SCHAUFELBERGER, S. 127.

146 SCHAUFELBERGER, S. 134 (Hervorhebung von der Verfasserin) und S. 243: "Die Vorstellung, dass dem Träger des Persönlichkeitsrechts damit auch das Recht vorbehalten sei, die Ehre, den Privat- oder Intimbereich durch diffamierende Aeusserungen oder Publikationen über sich selbst zu nutzen, ist absurd. Das Persönlichkeitsrecht beinhaltet eben keine Nutzungsbefugnis hinsichtlich des Rechtsobjekts, sondern lediglich den privatrechtlichen Schutz vor Verletzung Dritter."

dären Rechten"¹⁴⁷ sehen könne, so dass auf diese Weise "die Persönlichkeitsrechte ohne Zweifel zu den ersteren" gehörten. Diese apodiktische Feststellung kann nun aber nicht zum Beleg dafür verwendet werden, dass alle nicht-sekundären Rechte - im Sinne eines e contrario-Schlusses - die Rechtssphäre einer Person ausmachten: handelt es sich hierbei doch nicht um zwei vergleichbare Gegensätze, die sich notwendig auszuschliessen brauchen.

Damit dass SCHAUFELBERGER im entscheidenden Punkt nicht auf die Güterzuordnungsfunktion der subjektiven Rechte abstellt, gibt er dieses aus der Zuweisungstheorie übernommene Kriterium zur Bestimmung der Rechtssphäre auf; was bleibt, ist jede Art subjektiver Rechte unterschiedslos ihres Zuweisungsgehalts. Sie bilden die Rechtssphäre einer Person, und sie sind es alsdann, die "beeinträchtigt" werden.

2. Unklarheit bezüglich der Umschreibung "Beeinträchtigung"

Ein weiterer Hinweis dafür, dass es bei der Umschreibung der Rechtssphäre nicht auf den Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts¹⁴⁸ ankommen kann, ergibt sich auch aus dem "Begriff der Beeinträchtigung"¹⁴⁹, dessen Merkmale in eine für die Massgeblichkeit des Zuweisungsgehalts eines subjektiven Rechts dogmatisch entgegengesetzte Richtung weisen.

So genügt es für die Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre, wenn eine materielle oder ideelle "Störung" vorliegt. Dass es sich dabei nicht um eine im Sinne von Art. 928 ZGB (bzw. § 1004 BGB) genannte

147 SCHAUFELBERGER, S. 136. Zu den sekundären Rechten zählen einerseits die Gestaltungsrechte, andererseits die Machtbefugnisse (z.B. die Vertretungsmacht); vgl. dazu VON THUR/PETER, S. 23 ff.

148 Ausführlicher hinten S. 76.

149 SCHAUFELBERGER, S. 128.

"Besitzesstörung" (bzw. "Beeinträchtigung") handeln kann¹⁵⁰, zeigt ein Vergleich der Rechtslage bei den Immaterialgüterrechtsverletzungen, wo das Immaterialgut durch die unbefugte Nutzung in keiner Weise eine Substanzbeeinträchtigung erleidet. So kann beispielsweise ein Patentinhaber sein Patent, das gleichzeitig von einem Dritten verletzt wird, weiterhin ungestört verwerten; ja unter Umständen kommt ihm sogar die geschickte Geschäftspolitik des Verletzers im Rahmen einer eigenen Absatzsteigerung zugute (z.B. wenn der Verbreitungsgrad des betreffenden Produktes erweitert wird), so dass er in keiner Weise im Sinne des Gesetzes (Art. 928 ZGB bzw. § 1004 BGB) beeinträchtigt ist.

Aufschlussreicher zur Bestimmung der "Beeinträchtigung" erscheint aber SCHAUFELBERGER's Vergleich der Bereicherungsansprüche mit den "negatorischen Rechtsbehelfen"¹⁵¹. Aus diesem Vergleich ergibt sich für ihn, dass sich die Wendung "Beeinträchtigung einer fremden Rechtsphäre" einfacher als "Verletzung fremder Herrschaftsbefugnisse"¹⁵² umschreiben lasse. Damit begibt sich SCHAUFELBERGER eindeutig in die Nähe der Widerrechtlichkeitstheorie, da die Verletzung fremder subjektiver Rechte nichts anderes als eine Umschreibung der Widerrechtlichkeit darstellt¹⁵³.

Dass die gegenüber der Widerrechtlichkeitstheorie geänderte Terminologie der "Beeinträchtigungstheorie" günstiger wirkt, zeigt sich insbesondere bei der Umschreibung der Leistungskondition, wo es einfacher erscheint, in der "Zuwendung des Zuwendenden eine Beeinträchtigung

150 Vgl. STARK, N 19 zu Art. 928 ZGB: "Besitzesstörung ist jede... Beeinträchtigung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache... Die Störung setzt nicht voraus, dass durch sie ein Schaden entsteht." Jede Beeinträchtigungshandlung erscheint dabei als verbotene Eigenmacht (N 22 zu Vorbemerkungen zu Art. 926-929 ZGB).

151 SCHAUFELBERGER, S. 129; ebenso JAKOBS, S. 106.

152 SCHAUFELBERGER, a.a.O.

153 Vgl. auch VON THUR/PETER, S. 409: "Die Widerrechtlichkeit besteht ... in der Verletzung eines fremden subjektiven Rechts."

der eigenen Rechtssphäre" ¹⁵⁴ zu erblicken, als wenn von widerrechtlichem Eingriff in die eigene Rechtssphäre die Rede wäre.

2. Fazit: Ablehnung der Wendung "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre"

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass SCHAUFELBERGER's Theorie auf der Grundlage der Widerrechtlichkeitstheorie beruht, dass er aber - einerseits um der gegen SCHULZ und JAKOBS gerichteten Kritik ¹⁵⁵ zu entgehen, andererseits um ein für alle Bereicherungsfälle anwendbares Kriterium zu schaffen - eine alles umfassende Formel anbietet, die letztlich aber - trotz (oder gerade) wegen ihres überhöhten Abstraktionsgrades - nur dazu da ist, den "Anspruchsberechtigten zu bestimmen" ¹⁵⁶.

Paradigmatisch dafür, dass jedenfalls auch SCHAUFELBERGER nichts aus der neu gewonnenen Formel ableiten kann, ist seine daran anschliessende "Analyse der Entstehung der Bereicherung" ¹⁵⁷, wo er die "Ursachen der Bereicherung auf Kosten eines andern im einzelnen" ¹⁵⁸ untersucht. Als Ergebnis bietet er die traditionelle Dreiteilung der Bereicherungsfälle in Zuwendungs-, Eingriffs- und Zufallskonditionen an. Interessant ist dabei insbesondere seine Feststellung, dass die Zuwendungs-

154 SCHAUFELBERGER, S. 142 FN 356. Bereits SCHULZ hatte sichtlich Mühe, die Leistungskondition in sein "System der Rechte auf den Eingriffserwerb" einzuordnen; begründete er doch die Leistungskondition mit der "rechtswidrigen" Annahme oder Vorenthaltung der geleisteten Sache (vorne S.), während SCHAUFELBERGER (a.a.O.) davon spricht, dass der Zuwendende mit der Zuwendung sein eigenes Vermögen schädige (also eine Eigenschädigung vornimmt).

155 Vorne S. 19 ff.

156 SCHAUFELBERGER, S. 147.

157 SCHAUFELBERGER, S. 139 ff.

158 SCHAUFELBERGER, S. 141 ff.

konditionen "regelmässig" (also ganz im Sinne der traditionellen Bereicherungslehre) auf einer "Vermögensverschiebung", die Eingriffskonditionen auf einem "Eingriff" in eine fremde Rechtssphäre, d.h. einer "Beeinträchtigung"¹⁵⁹ beruhen. Ob die Eingriffshandlung stets widerrechtlich erfolgt, lässt er in diesem Zusammenhang, wo es lediglich darum geht, ob eine Bereicherung "auf Kosten eines andern" erfolgt ist, ungeprüft, stellt dann aber, im Zusammenhang mit der Ungerechtfertigtheit fest, dass "keine Fälle denkbar (seien), in denen jemand durch widerrechtlichen Eingriff auf Kosten eines andern bereichert (sei), und diese Bereicherung nicht ungerechtfertigt (sei)"¹⁶⁰

Dass die Feststellung der Widerrechtlichkeit nicht bereits beim Merkmal "auf Kosten eines andern" getroffen wird - wo doch bereits an dieser Stelle die Wendung "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre" mit "Eingriff in eine fremde Rechtssphäre"¹⁶¹ gleichgesetzt wird -, rührt daher, dass derselbe Begriff der "Beeinträchtigung" auch noch die Leistungs- und die Zufallkondition zu erfassen hat, wo es regelmässig an einer Widerrechtlichkeit fehlt.

SCHAUFELBERGER hat damit auf eine vereinfachte Art und Weise die Widerrechtlichkeit in die Ungerechtfertigtheit verlagert, was es ihm erst ermöglichte, Leistung, Eingriff und Zufall als Ursachen ein und derselben "Beeinträchtigung" darzustellen. Es ist ihm aber nicht gelungen, eine Bereicherungshaftung unabhängig von dessen Ursachen, einzig aufgrund seiner neu geschaffenen Theorie zu begründen; vielmehr knüpft er für die Leistungskondition an die traditionelle Lehre der Vermögensverschiebung an, beurteilt die Eingriffskondition jedoch nach der Widerrechtlichkeitstheorie. Seine Interpretation der Wendung "aus dem Vermögen eines andern" im Sinne von "Beeinträchtigung einer fremden

159 SCHAUFELBERGER, S. 141 und S. 142.

160 SCHAUFELBERGER, S.221 (zur Ungerechtfertigtheit, hinten S. 52.)

161 SCHAUFELBERGER, S. 142.

Rechtssphäre" stellt lediglich eine sprachliche Vereinheitlichung dar, eine Art formale Verbindung der auf der Widerrechtlichkeitstheorie beruhenden Eingriffskondition und der an der traditionellen Bereicherungslehre orientierten Leistungskondition. Reduziert man die gegenteiligen Aussagen auf ihren gemeinsamen Nenner, so bleibt in der Tat für das Merkmal "aus dem Vermögen eines andern" nichts anderes übrig als - wie SCHAUFELBERGER selbst zugibt - die "Bestimmung des Anspruchsberechtigten"¹⁶².

Damit sieht sich SCHAUFELBERGER aber denselben Schwierigkeiten gegenübergestellt, mit denen bereits SCHULZ und JAKOBS zu kämpfen hatten, und an denen sie auch gescheitert sind. So kann auch ihm der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass Fälle erfasst werden, in denen ein Bereicherungsausgleich geradezu interessenwidrig erscheint. Erwähnt sei hier nochmals das Beispiel des Schmieds, der entgegen der vertraglichen Abmachung mit dem benachbarten Komponisten zu einer verbotenen Stunde hämmert und dadurch einen Gewinn erzielt¹⁶³. Oder, um mit SCHAUFELBERGER ein Beispiel zu nennen: "Hat ... ein Grundeigentümer sich zugunsten des Nachbarn vertraglich verpflichtet, sein Grundstück nicht über eine bestimmte Höhe hinaus zu überbauen (vgl. ZGB 730 ff.), und baut er dann trotzdem höher - weil durch die bessere Ausnützung des belasteten Grundstücks der Wert der Anlage vergrößert wird -, so ist er auf Kosten des Nachbarn bereichert ..." ¹⁶⁴, und hat den Gewinn, der zumeist den Preis für den Auskauf aus derartigen Servituten übersteigt, "zumindest teilweise" ¹⁶⁵ dem Nachbarn herauszugeben.

162 SCHAUFELBERGER, S. 147.

163 Vorne FN 69. Das von SCHAUFELBERGER (S. 220) dagegen vorgebrachte Argument, dass im genannten Beispiel die Bereicherung deshalb nicht auf Kosten des Verletzten gehe, weil die erlangte Vermögensvermehrung "überhaupt nicht wesentlich kausal" sei, vermag nicht zu überzeugen, da er auf einem wenig klaren Kausalitätsverständnis beruht. Dazu hinten S. 49 ff.

164 SCHAUFELBERGER, S. 182 f.

165 a.a.O. FN 529.

B. Funktionswandel des Bereicherungsrechts

SCHAUFELBERGER lehnt mit Recht das traditionelle, schadenersatzrechtlich orientierte Bereicherungsrecht ab. Ob sich aus dieser negativen Feststellung allerdings auch - positiv - ein bereicherungsrechtlicher Funktionswandel ableiten lässt, kann nun aber nicht mit dieser Eindeutigkeit festgehalten werden, wie dies SCHAUFELBERGER glaubt tun zu können, wenn er dazu ausführt, dass der generelle Zweck des Bereicherungsrechts nicht mehr in der "Rückgängigmachung", sondern in der "Abschöpfung"¹⁶⁶ der Vermögensvermehrung liege. Eine solche einseitig am Schuldnervermögen ausgerichtete Betrachtungsweise bedürfte einer eingehenderen Begründung; jedenfalls ergibt sie sich nicht als notwendig richtige Konsequenz aus der Ablehnung eines am Schaden des Gläubigervermögens orientierten Bereicherungsrechts. Auch die Feststellung, dass das Bereicherungsrecht als "Umkehrung der Schadenersatzidee"¹⁶⁷ gesehen werden könne, so dass die sich stellenden Probleme "spiegelsymmetrisch"¹⁶⁸ strukturiert seien, vermag wohl kaum das Begründungsdefizit auszugleichen. Vielmehr entstehen dadurch neue Probleme. So müsste man sich denn fragen, inwieweit die schadenersatzrechtliche Vorteilsausgleichung ihre spiegelsymmetrische Entsprechung im Bereicherungsrecht erhielte¹⁶⁹. Desweiteren gilt es bei diesem Vergleich zu bedenken, dass das Schadenersatzrecht primär eine Schadensabwälzung zum Ziele hat. Die eigentliche Grundlegung bilden damit die verletzten Vermögensinteressen des Anspruchsberechtigten, die sich im erlittenen Schaden dokumentieren; mithin eine Betrachtungsweise, die

166 SCHAUFELBERGER, S. 7, 12, 106, 115, 120.

167 SCHAUFELBERGER, S. 10.

168 SCHAUFELBERGER, S. 9.

169 Leider lässt SCHAUFELBERGER eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Folgen einer ihm vorschwebenden "Spiegelsymmetrie" vermissen, so dass die sich stellenden Fragen offen bleiben müssen.

nicht ohne Begründung auf das Bereicherungsrecht übertragen werden darf.

Selbst wenn man SCHAUFELBERGERS Auffassung folgt, und das Bereicherungsrecht als Gegenstück zum Schadenersatzrecht anerkennt, so müssen sich aber dann gewisse Zweifel über die Allgemeingültigkeit dieser neu gewonnenen Funktion einstellen, wenn - im Zusammenhang mit dem Gewinnherausgabeanspruch - festgestellt wird, Funktion des Gewinnherausgabeanspruchs sei es, eine "Sanktion" für unerlaubte Handlung darzustellen¹⁷⁰. Denn damit weist SCHAUFELBERGER dem Bereicherungsrecht eine zusätzliche Funktion zu, die sich nicht nur nicht aus der ersten Funktion - der "Abschöpfungs-Funktion" - ableiten lässt, sondern die geradezu im Widerspruch zu ihr zu stehen kommt. Denn sieht SCHAUFELBERGER im Gewinnherausgabeanspruch das "Verbindungsglied"¹⁷¹ zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht, so kommt man nicht umhin zu fragen, wie denn etwas, das zunächst - im Lichte der "Spiegelsymmetrie" - als "Umkehrung" oder "Gegenstück" bezeichnet werden kann, nun auf einmal und zugleich dessen "Verbindungsglied" sein kann. Subsumiert man den Gewinnherausgabeanspruch unter das Bereicherungsrecht, so wird damit notwendigerweise ein funktionaler Widerspruch in Kauf genommen; das Bereicherungsrecht wird in den Dienst zweier Funktionen gestellt, die auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen unmöglich ist.

170 SCHAUFELBERGER, S. 225. Ebenso JAKOBS, vorne S. 12. Zutreffend deshalb die von KOPPENSTEINER/KRAMER (S. 84) an JAKOBS geübte Kritik, die die Auffassung der "Sanktion für widerrechtliches Handeln" als "petitio principii" abtut.

171 SCHAUFELBERGER, S. 226.

C. Gleichsetzung von Bereicherung und Vermögensvermehrung

SCHAUFELBERGERS einseitig am Schuldnervermögen ausgerichtete Betrachtungsweise wirkt sich unmittelbar auf den Begriff der "Bereicherung" aus.

Die Bereicherung stellt bei ihm die erste Voraussetzung dar, die für die Zuerkennung eines Bereicherungsanspruchs erfüllt sein muss. Als "Gegenstück zum Schaden" umfasst die Bereicherung den gesamten tatsächlichen Vermögenszuwachs, der sich aus der Differenz der schuldnerischen Vermögensstände vor und nach dem bereichernden Ereignis ergibt¹⁷². Die Bereicherung beurteilt sich somit nicht aufgrund dessen, was der Bereicherte konkret erlangt hat, sondern, isoliert und losgelöst von jedwelcher "Beziehung zu einem andern Subjekt bzw. dessen Vermögen"¹⁷³, einzig aufgrund einer Differenzhypothese; m.a.W., nicht das, was konkret erlangt wurde, ist Bereicherungsgegenstand, sondern die Auswirkung desselben im Schuldnervermögen bildet Bereicherungsgegenstand. Damit wird die Bereicherung aufgrund einer abstrakten Vermögensvermehrung¹⁷⁴ ermittelt, und der Gewinn, den der Schuldner in eigener

172 SCHAUFELBERGER, S. 47.

173 SCHAUFELBERGER, S. 48.

174 SCHAUFELBERGER selbst verwendet den Begriff der "abstrakten Vermögensvermehrung" nicht. Seine Ausführungen zur Vermögensvermehrung (S. 47 ff.) weisen aber eindeutig die Grundzüge auf, der von STIEVE aus dem gemeinen Recht übernommenen, von VON MAYR weitergeführten und von H.A. FISCHER zum Abschluss gebrachten Lehre der sog. abstrakten Vermögensvermehrung. Nach Auffassung des gemeinen Rechts sollte denn die Kondiktion nicht einen ungerechtfertigten Erwerbsvorgang korrigieren, sondern lediglich beim Schuldner die Gesamtvermögensdifferenz abschöpfen. Die Kondiktion orientierte sich mithin nicht am konkret erlangten Vorteil, sondern an dessen Auswirkungen im gesamten Schuldnervermögen (vgl. WINDSCHEID, § 421; SAVIGNY, Bd. V, S. 564 ff.).

In der Folge fasste auch H.A. FISCHER die Bereicherung als Gegenstück zum Schaden auf. Bei beiden gehe es um eine durch die Differenzberechnung gewonnene Vermögensdifferenz (H.A.FISCHER, S. 11 f.).

Tätigkeit erwirtschaftet hat, wird ohne weiteres von der so verstandenen Bereicherung miterfasst¹⁷⁵.

Die Gleichsetzung von Bereicherung und Vermögensvermehrung stellt eine dogmatische Verkürzung dar, die sich in verschiedener Hinsicht ungünstig auswirkt. Denn wird der Bereicherungsanspruch vom Vorhandensein einer tatsächlichen Vermögensvermehrung abhängig gemacht, muss ein Bereicherungsanspruch konsequenterweise stets dann verneint werden, wenn von vornherein feststeht, dass die Gesamtvermögensdifferenz der schuldnerischen Vermögensstände vor und nach dem bereichernden Ereignis keinen positiven Saldo ergibt. Diese Ausgangslage ergibt sich häufig in jenen Fällen, wo eine fremde Sache unberechtigterweise gebraucht, verbraucht oder genutzt wird. Da diesfalls die Voraussetzung der Vermögensvermehrung nur dann erfüllt ist, wenn der Schuldner anderweitig Ausgaben erspart hat, wird sich der Schuldner häufig auf den Standpunkt stellen, dass er - bei Kenntnis der wahren Sachlage - entweder auf den Gebrauch, Verbrauch oder Nutzen der fremden Sache verzichtet, oder aber sich anderweitig beholfen haben würde; ein Einwand also, der gerade bei Bösgläubigkeit des Bereicherten zu einem unbefriedigendem Ergebnis führt.

Beispiele:

- Einem Minderjährigen gelingt es, als blinder Passagier in einer nicht voll besetzten¹⁷⁶ Linienmaschine von München nach New York zu fliegen.

174 (forts.) Eine Wiederaufnahme der "abstrakten Vermögensorientierung des Bereicherungsanspruchs" erfolgte alsdann bei WILHELM, S. 38 ff. und bei JAKOBS, S. 136 f.

175 SCHAUFELBERGER, S. 48: " 'Bereicherung' und 'Gewinn' sind synonyme Begriffe". Und S. 55: "Im weitem liegt eine Bereicherung in der (Geld-)Wertsteigerung oder Nutzung *e i g e n e r* Rechtsgüter". (Hervorhebung von der Verfasserin).

176 Womit ein Schadenersatz aus entgangenem Gewinn entfällt. (Ausführlicher zu diesem Beispiel hinten S. 131 ff.)

- Ein Patentverletzer macht geltend, dass ihm die von ihm verletzte Erfindung lediglich Verluste eingebracht habe; oder er wendet ein, dass er wohl einen Gewinn erwirtschaftet habe, diesen aber auch ohne Patentverletzung, im herkömmlichen Verfahren und unter demselben Aufwand, erzielt hätte.

Diese Beispiele machen deutlich, dass sich bei einer Gleichsetzung von Bereicherung und Vermögensvermehrung dogmatische Schwierigkeiten in dem Sinne ergeben können, dass beim Gebrauch, Verbrauch oder Nutzen fremder Sachen ein Bereicherungsanspruch mangels einer Vermögensvermehrung nicht gewährt werden kann, sofern man nicht behelfsweise zur Fiktion greifen will.

D. Bereicherungsumfang bestehend aus einer objektiven und einer subjektiven Bereicherung

Da die Voraussetzung "auf Kosten eines andern" lediglich dazu dient, den Anspruchsberechtigten zu bestimmen, muss die Festsetzung des Umfangs der Bereicherung anhand anderer Kriterien gewonnen werden.

SCHAUFELBERGER geht dabei dergestalt vor, dass er zunächst eine Zweiteilung des Bereicherungsumfangs in eine objektive "Komponente" - d.i. dasjenige, was der Bereicherte objektiv erlangt hat - und eine subjektive "Komponente" - d.i. der Gewinn - vornimmt.

Diese Zweiteilung des Bereicherungsumfangs ermangelt nun aber jeder gesetzlichen Grundlage. Auch bleibt unerfindlich, nach welchen dogmatischen Kriterien SCHAUFELBERGER diese Zweiteilung beurteilt hat. Denn weder kann sie auf die primäre Voraussetzung der Bereicherung - die aufgrund der Differenzhypothese lediglich eine Gesamtvermögensdifferenz darstellt - zurückgeführt werden, noch lässt sich diese Zweiteilung aufgrund der Kausalität vornehmen, die - wie noch zu zeigen sein wird - lediglich einer Beschränkung des Gesamtumfangs der Bereicherung dient. Und was die letzte der Anspruchsvoraussetzungen, die Ungerechtfertigtigkeit, anbelangt, so knüpft diese wiederum - wie ebenfalls noch gezeigt wird - an die Zweiteilung an und kann somit auch nicht - nicht einmal nachträglich - eine Begründung dafür abgeben.

SCHAUFELBERGER hat sich damit mit einer Beschreibung des Sachverhaltes begnügt, wo an sich eine Begründung zu erwarten gewesen wäre.

1. Objektive Bereicherung nach Massgabe einer objektiven oder subjektiven Wertberechnung?

Die objektive Bereicherung besteht nach SCHAUFELBERGER bei der "Vermögensverschiebung" und bei der "Verfügung über fremdes Gut"¹⁷⁷ im objektiven Wert des "verschobenen Vermögensteils" bzw. im "erlangten Veräusserungserlös, der gewöhnlich dem Verkehrswert" der Sache entsprechen. Und wird eine Sache gebraucht oder verbraucht, so erfolge die Berechnung des Umfangs der objektiven Bereicherung aufgrund eines "fingierten Vertrages"¹⁷⁸.

Damit bleibt weiterhin unklar, ob SCHAUFELBERGER mit der zuletzt genannten Fiktion auch die bereits erwähnten¹⁷⁹ dogmatischen Schwierigkeiten, die sich infolge Fehlens einer Vermögensvermehrung ergeben können, erfassen will. Lässt er doch die Möglichkeit eines negativen oder zumindest gleichbleibenden Saldos der schuldnerischen Gesamtvermögensdifferenz im Zusammenhang mit der Ueberprüfung der primären Voraussetzung - der Bereicherung - vollständig unerwähnt, und hält erst jetzt, - im Zusammenhang mit der Berechnung des Umfangs der Bereicherung - fest, dass die Berechnung der Ersparnis aufgrund eines "fingierten Vertrages" erfolge.

177 Nicht ganz klar ist hier das systematische Nebeneinanderbestehen von "Vermögensverschiebung" einerseits, und "Verfügung über fremdes Gut" andererseits. (SCHAUFELBERGER, S. 148 f.).

178 SCHAUFELBERGER, S. 149.

179 Vorne S. 45.

Die von SCHAUFELBERGER vorgenommene Berechnung der objektiven Bereicherung nach Massgabe einer objektiven Wertberechnung, scheint allein das Richtige aber auch nicht zu sein. Wie liesse sich sonst erklären, dass dann, "wenn jemand anstelle eigener Güter, fremde verbraucht, die Berechnung der Ersparnis nicht aufgrund eines fingierten Vertrages (erfolgt), ... sondern im Wert der eigenen Güter, um den sich das Vermögen infolge Nichtverbrauchs derselben nicht vermindert hat",¹⁸⁰ besteht? Damit geht SCHAUFELBERGER - ohne jedwelle Begründung - von einer subjektiven Wertberechnung aus und versäumt es zudem erst noch, deren Verhältnis zur objektiven Wertberechnung zu klären. Als Folge ergeben sich daraus zwei verschiedene Wertbegriffe - ein objektiver und ein subjektiver Wertbegriff - innerhalb der objektiven Bereicherung.

Beispiel:¹⁸¹

Bricht ein von einem Schneesturm überraschter Alpinist in eine Berghütte ein und verzehrt, um überleben zu können, die dort aufbewahrten Lebensmittel, so bemisst sich - nach SCHAUFELBERGER - die Bereicherung nach dem Betrag, den der Alpinist ansonsten für seine Ernährung ausgegeben hätte.

In Weiterführung des Beispiels würde dies nun aber bedeuten, dass der Alpinist, der stets im Hotel "Luxor" zu speisen pflegt, unter Umständen um ein Beträchtliches mehr eingespart hat, als er objektiv in Empfang genommen hat. Müsste er nun diese seine Ersparnis herausgeben, so würde der Hütteneigentümer dadurch, dass ihm das Glück einen vielleicht reichen Mann "hereinschneien" liess, seinerseits "bereichert".

Oder - um eine Variation des Beispiels vorzunehmen -, hätte es sich um einen sehr armen Alpinisten gehandelt, der sich niemals die in der Hütte sich befindlichen Lebensmittel (z.B. Bündnerfleisch und Wein) hätte leisten können, dann wiederum würde die Ersparnisbereicherung, als subjektive Wertberechnung der objektiven Bereicherung, unter Umständen weit hinter dem objektiven Wert

180 SCHAUFELBERGER, S. 150 (2. Abs.). Es handelt sich hier um eine äusserst kurze Feststellung SCHAUFELBERGER's, ohne dass er sie jedoch als Ausnahme bezeichnet.

181 Entnommen SCHAUFELBERGER, S. 62, des weiteren, S. 151, 217.

der objektiven Bereicherung - das wäre der objektive Wert der Lebensmittel - zurückstehen¹⁸².

Gegen eine aufgrund der effektiv ersparten eigenen Güter vorgenommene Berechnung der objektiven Bereicherung lassen sich schliesslich auch noch prozessrechtliche Bedenken anführen. Wird doch dadurch der dem Bereicherungsrecht innewohnenden Beweislastverteilung nicht genügend Rechnung getragen, da es Aufgabe des Gläubigers wäre, darzulegen, ob und allenfalls wieviel der Schuldner an Ausgaben erspart hat.

2. Subjektive Bereicherung (Gewinn) nach Massgabe der Kausalität?

Da der Bereicherungsanspruch in Anwendung der Differenzhypothese auf den im massgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Vermögenssaldo gerichtet ist, hat dies zur Folge, dass jeder mit dem Bereicherungsvorgang in Kausalzusammenhang stehende Gewinn - unabhängig davon, ob er auf Zufall oder auf eigener wirtschaftlicher Tätigkeit beruht - eine auf Kosten eines andern erzielte Vermögensvermehrung darstellt und grundsätzlich herauszugeben ist¹⁸³.

182 SCHAUFELBERGER benutzt das Beispiel, um zu zeigen, dass sich der Schaden des Hütteneigentümers (d.i. der Ankaufswert der Lebensmittel) nicht mit der Ersparnisbereicherung des Alpinisten zu decken brauche. Ebenso interessant wäre aber der Vergleich gewesen zwischen dem objektiven Wert der Lebensmittel (der ebenfalls nicht dem Schaden des Hütteneigentümers zu entsprechen braucht) und dem subjektiven Wert derselben (d.i. die tatsächlich beim Alpinisten durch die Nichtverminderung seines Vermögens eingetretene Ersparnis); diesen Vergleich lässt SCHAUFELBERGER aber vermissen.

183 SCHAUFELBERGER, S. 48, 152 f., 163: "Lässt man nun aber das Schadenserfordernis im Bereicherungsrecht fallen und anerkennt..., dass 'auf Kosten eines andern' jeder Vermögensvorteil erlangt wurde, der durch Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre erzielt wurde, so erhellt, dass auch ein Gewinn auf Kosten des Beeinträchtigten geht. Mithin genügt es danach, dass ein Vermögensvorteil die kausale Folge des bereichernden ... Ereignisses ist."

Dass die reine Kausalitätsbetrachtung allein nicht zu genügen vermag, scheint auch SCHAUFELBERGER erkannt zu haben, wenn er alsdann festhält, dass der Gewinn "auch das Ergebnis des Aktivwerdens des Bereicherten"¹⁸⁴ sein könne.

Auf der Suche nach einer gewissen Kausalitätsverschärfung - und damit gleichzeitig einer Haftungserleichterung für den Bereicherten - schliesst SCHAUFELBERGER die "Adäquanztheorie" als möglichen Lösungsweg aus, da sie sich nur für das Schadenersatzrecht eigne¹⁸⁵. Vielmehr hält er dafür, dass grundsätzlich auf die natürliche Kausalität, im Sinne der "conditio sine qua non"¹⁸⁶, abzustellen sei. Bei der Gewinnermittlung sollten aber "(rechtlich) unerhebliche, rein theoretische Kausalverläufe von vorne herein ausgeschlossen werden"¹⁸⁷. In diesem Sinne sei das bereichernde Ereignis für den Gewinn dann kausal, wenn dieses "neben den Leistungen des Bereicherten, n o c h als wesentliche Bedingung für den erzielten Gewinn"¹⁸⁸ anzusehen sei. Oder - negativ ausgedrückt - massgebend sei, "dass 'man' den betreffenden Gewinn normalerweise"¹⁸⁹ nicht hätte machen können. Was im Einzelfall als conditio sine qua non des erzielten Gewinns anzusehen sei, appelliere wie jedes Zurechnungsproblem "nicht an die Logik, sondern an die praktische Vernunft".

Wenn SCHAUFELBERGER die Adäquanztheorie ablehnt, so spricht er damit - was aus seinen Ausführungen unschwer hervorgeht - zugleich das Urteil über seine eigene Theorie der "noch wesentlichen Bedingung", die darauf achtet, ob "man" den betreffenden Gewinn "normalerweise" noch hätte machen können, und die desweiteren die "(rechtlich) unerheblichen"

184 SCHAUFELBERGER, S. 183.

185 SCHAUFELBERGER, S. 180.

186 SCHAUFELBERGER, S. 182, 191 (letzter Abs.).

187 SCHAUFELBERGER, S. 188.

188 a.a.O.

189 SCHAUFELBERGER, S. 190 (Unterstreichung von der Verfasserin).

Kausalverläufe für die Beurteilung des Gewinns ausschliesst¹⁹⁰.

Als Beispiel für keine wesentliche Bedingung nennt er jenen Gewinn, der "ebensogut durch die Beeinträchtigung irgendeiner Rechtssphäre oder durch Verwertung eigener Positionen hätte erzielt werden können"¹⁹¹. Mit dieser Aussage weist SCHAUFELBERGER auf einen weiteren Mangel seiner Theorie hin; wird doch nun auch die Abgrenzung zur Voraussetzung der Bereicherung im Sinne der Differenzhypothese unklar, und es stellt sich die Frage, inwieweit die aufgrund der Gesamtvermögensdifferenz errechnete Bereicherung sich nachträglich als dogmatischer Ueberschuss erweist. Denn befürwortet man hypothetische Kausalverläufe - wie dies SCHAUFELBERGER offenbar tut, wenn er festhält, der Gewinn "hätte" ebensogut durch "Beeinträchtigung der eigenen Rechtssphäre oder durch Verwertung eigener Positionen" erzielt werden können¹⁹² - so wird damit unklar, inwieweit diese hypothetischen Kausalverläufe nicht bereits von der Differenzhypothese erfasst sind. Sicherlich bedürfte aber die Ausklammerung der hypothetischen Kausalverläufe aus der Differenzhypothese einer eingehenden Begründung, wohingegen SCHAUFELBERGER sogar die Problemstellung vermissen lässt: "Es scheint eindeutig, dass unter 'Bereicherung' als Voraussetzung des Bereicherungsanspruches, das 'Gegenstück zum Schaden' verstanden werden soll, also das Ergebnis der Vergleichung zweier Vermögensstände: Danach besteht die Bereicherung in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und dem Vermögensstand der ohne das bereichernde Ereignis voliegen würde"¹⁹³.

190 SCHAUFELBERGER, S. 190 unter Hinweis auf OFTINGER I, S. 76, der diese Aussage aber im Zusammenhang mit dem adäquaten Kausalzusammenhang macht. Weitere Erörterungen zu diesen selbststredenden Ausführungen SCHAUFELBERGER's bedarf es wohl nicht. Vgl. zur Adäquenztheorie auch, OFTINGER I, S. 71 ff.

191 SCHAUFELBERGER, S. 190 (2. Abs.).

192 Vgl. aber LANGE, S. 126: "Die Berücksichtigung hypothetischer Ereignisse ist auf Schadensersatzansprüche beschränkt. Sie ist nicht möglich gegenüber Rückgabe-, Rückzahlungs- und Abführungspflichten aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder gegenüber Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung."

193 SCHAUFELBERGER, S. 47.

E. Ungerechtfertigkeit als Billigkeitskorrektiv

1. Unterschiedliche Beurteilung der Ungerechtfertigkeit je nach Bereicherungstyp

Die Ungerechtfertigkeit, als letzte Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs, ist bei SCHAUFELBERGER von zentraler Bedeutung. Können doch erst jetzt, infolge Fehlens der Ungerechtfertigkeit, jene geradezu befremdlich anmutenden Bereicherungsfälle ausgeschieden werden, bei denen die beiden anderen Voraussetzungen - die Bereicherung und das Merkmal "auf Kosten eines andern" - erfüllt sind¹⁹⁴.

Aufgabe der Ungerechtfertigkeit ist es nun, in "Verwirklichung des ethischen Wertes der Gerechtigkeit" eine "Korrektur der gesetzlichen Rechtswirkungen" herbeizuführen. Die Ungerechtfertigkeit stellt damit ein eigentliches Billigkeitskorrektiv innerhalb der Beeinträchtigungstheorie dar¹⁹⁵.

Je nach der Bereicherungsart kommt der Ungerechtfertigkeit eine andere Bedeutung zu: So stellt bei der Zuwendungskondition die Rechtsgrundlosigkeit, bei der Eingriffskondition die Widerrechtlichkeit das massgebliche Kriterium der Ungerechtfertigkeit dar. Auch an dieser Stelle

194 Zur Illustration sei das von SCHAUFELBERGER (S. 197) gewählte Beispiel des Erntebauern angeführt, der seine Ernte deshalb teurer verkaufen kann, weil die Felder seiner Konkurrenz durch ein Unwetter zerstört worden sind; damit ist der Erntebauer auf Kosten seiner Konkurrenz bereichert.

195 SCHAUFELBERGER, S. 201 und 231 (unten). Obwohl SCHAUFELBERGER (S. 201 FN 48) betont, dass es sich dabei nicht um einen Billigkeitsentscheid handle, lässt er in seinen Ausführungen eine Erklärung dazu vermissen. Vielmehr beruft er sich für seine Begründung noch auf Art. 2 II ZGB, was auch nicht unbedingt zum Verständnis beiträgt (a.a.O.). SCHAUFELBERGER gerät damit in Widerspruch zu seinen einleitenden Bemerkungen (S. 8), wo er das Bereicherungsrecht als Billigkeitsrecht ablehnt, da dies "unkontrollierbare Willkür" zur Folge haben könnte.

erweist sich somit die Beeinträchtigungstheorie als dogmatisch unfruchtbar, da es ihre Einheitsformel offenbar nicht zulässt, eine für alle Bereicherungsfälle gleichermassen geltende Ungerechtfertigkeit anzubieten.

1. Unterschiedliches Ausmass der Ungerechtfertigkeit je nach Bereicherungsumfang

a. Objektive Bereicherung

Sowohl bei der Zuwendungs- wie bei der Eingriffskondiktion besteht für SCHAUFELBERGER "kein Zweifel" darüber, dass die Bereicherung stets im Umfang der objektiven Bereicherung ungerechtfertigt sei; weiterer Erläuterungen bedürfe es dazu nicht¹⁹⁶. Immerhin seien bei der Eingriffskondiktion "Fälle denkbar, in denen der Eingreifer in der berechtigten Annahme handle, er benutze oder verfüge über ein eigenes Gut, und insofern bei einer allfälligen Entäusserung der Bereicherung gutgläubig war"¹⁹⁷. Wie er diese Fälle zu lösen gedenkt, darüber schweigt sich SCHAUFELBERGER allerdings aus.

b. Subjektive Bereicherung (Gewinn)

Um das Ausmass der Ungerechtfertigkeit bei der subjektiven Bereicherung zu beurteilen, stellt SCHAUFELBERGER - "in Analogie zu Art. 938 bzw. Art. 940 ZGB" - darauf ab, ob der Bereicherte gut- bzw. bösgläubig gewesen ist. Ein solches Vorgehen rechtfertige sich, da auch bei der ungerechtfertigten Bereicherung das Vertrauen in die Endgültigkeit des Erwerbs zu schützen sei¹⁹⁸. Auf diese Weise wird der Gewinn dem

196 SCHAUFELBERGER, S. 212 (für die Zuwendungskondiktion), S. 221 (für die Eingriffskondiktion).

197 SCHAUFELBERGER, S. 221.

198 SCHAUFELBERGER, S. 212 (Für die Zuwendungskondiktion), S. 227 (für die Eingriffskondiktion).

Gutgläubigen belassen, während ihn der Bösgläubige herauszugeben hat.

Es kann SCHAUFELBERGER der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass er hier einen Analogieschluss zieht, ohne auch nur andeutungsweise auf die unterschiedlichen Wertungskriterien einzugehen. Insbesondere ungeklärt bleibt die Frage, weshalb bei der objektiven Bereicherung das Vertrauen in die Endgültigkeit des Erwerbs nicht ebenso schützenswert erscheint wie bei der subjektiven Bereicherung.

Desweiteren versäumt es SCHAUFELBERGER abzuklären, inwieweit bei der Zuwendungskondition die Nutzungen in Art. 938 bzw. Art. 940 ZGB der subjektiven Bereicherung entsprechen. So bleibt fraglich, einmal ob der Veräußerungserlös stets eine Art der Nutzung darstellt, und zum andern, ob eine Wertsteigerung eine Nutzung darstellt, insbesondere inwieweit unterschiedlich zu urteilen ist, je nachdem ob die Wertsteigerung auf eigener wirtschaftlicher Tätigkeit oder auf Zufall beruht.

Ebenfalls unklar bleibt die von SCHAUFELBERGER statuierte "Ausnahme", dass dann, wenn "der Zuwendende selbst die Bereicherung - etwa infolge Unachtsamkeit - (mit)verschuldet" habe, "sich u.U. eine Verteilung der vom Bereicherten gezogenen Nutzungen" rechtfertige. Die Verteilung der Nutzungen könne" nach den Grundsätzen von Art. 44 I OR und Art. 727.I ZGB erfolgen"¹⁹⁹. Denn diese "Ausnahme" ergibt sich weder aus dem Gesetz, noch lässt sie sich aus SCHAUFELBERGERS dogmatischer Konzeption ableiten. Vielmehr wird hier ein dem Bereicherungsrecht fremdes Wesensmerkmal - das Verschulden - zum Unterscheidungskriterium für ein Teilungsprinzip nach Gutdünken gewählt.

Nicht minder ungeklärte Fragen ergeben sich bei der Eingriffskondition: Da jede kausal auf einem Eingriff beruhende Vermögensvermehrung auch den dadurch erzielten Gewinn erfasst, und da desweiteren bei der Eingriffskondition die Ungerechtfertigkeit mit der Widerrechtlichkeit

199 SCHAUFELBERGER, S. 214 (insbes. auch FN 115).

gleichgesetzt wird, hat dies zur Folge, dass jeder durch widerrechtlichen Eingriff erzielte Gewinn eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt und grundsätzlich - unabhängig vom Verschulden des Bereicherten - herauszugeben ist. Um nun dennoch den Gutgläubigen vor den Härten einer Gewinnhaftung bewahren zu können, greift SCHAUFELBERGER zu einer Hilfskonstruktion; eine Hilfskonstruktion deswegen, weil er nicht direkt die Behaltensgründe formuliert sondern zunächst eine erneute²⁰⁰ Rechtfertigung dafür abgibt, weshalb der Gewinn herauszugeben sei. Zugleich vollzieht er an dieser Stelle die bereits erwähnte²⁰¹ bereicherungsrechtliche Funktionserweiterung, die es ihm erst erlaubt, Rückschlüsse für den Gutgläubigen zu ziehen. So übernimmt SCHAUFELBERGER das von der Widerrechtlichkeitstheorie formulierte Postulat vom Eingriffsgewinn, dessen Funktion es sei, als Prävention und als Sanktion für die unerlaubte Handlung des "Skrupellosen"²⁰² und "meist vorsätzlich"²⁰³ Handelnden eine probate Rechtsfolge zur Verfügung zu stellen²⁰⁴. Daraus ergebe sich nun aber, dass der Gewinnherausgabeanspruch einen "widerrechtlich-schuldhaft(en)"²⁰⁵ Eingriff voraussetze, zumal ja auch "Schadenersatz grundsätzlich nur bei Verschulden zu

200 "Erneut" deshalb, weil bei SCHAUFELBERGER der Gewinn, die Vermögensvermehrung und die Bereicherung identisch sind. So ergeben sich die dogmatischen Grundlagen des Gewinns bereits aus der Definition der Bereicherung als auch aus dem Kausalitätserfordernis.

201 Vorne S. 42.

202 SCHAUFELBERGER, S. 225.

203 SCHAUFELBERGER, S. 224.

204 SCHAUFELBERGER, S. 225 (1. Abs.). Diese petitio principii - und um eine solche handelt es sich zweifellos - dient SCHAUFELBERGER zur Vorbereitung der Ausnahme bei Gutgläubigkeit.

205 SCHAUFELBERGER, S. 229 (1. Abs.). Bereits die Schreibweise lässt Ungutes vermuten. Impliziert doch die Widerrechtlichkeit keineswegs das Verschulden. Ebenso, S. 231: "... einzig der schuldhaft deliktische - letzten Endes gegen Treu und Glauben verstossende - Eingriff" bewirke die Ungerechtfertigtheit des Gewinns.

leisten sei, und auch die Bereicherungsansprüche gemäss OR 64 bei gutem und bösem Glauben verschieden seien. Dem (sei) beizufügen, dass auch nach ZGB 940 nur der bösgläubige Besitzer die ... Nutzungen dem Berechtigten herauszugeben"²⁰⁶ habe.

Dass diese rechtspolitischen Erwägungen über Sanktion und Prävention für sich allein betrachtet eine gewisse Berechtigung haben, soll hier nicht in Frage gestellt werden. Ob das Bereicherungsrecht der richtige Abhandlungsort dafür ist²⁰⁷, muss allerdings in Zweifel gezogen werden angesichts der Tatsache, dass es sich bei Sanktion und Prävention nicht um eine für sämtliche Bereicherungsfälle geltende Funktion handelt²⁰⁸. Vielmehr würde ein im Bereicherungsrecht untergebrachter Gewinnherausgabeanspruch als selbständiger Anspruch isoliert neben den übrigen Bereicherungsansprüchen bestehen und mit einer eigenständigen Funktion ausgestattet sein.

Wie bereits erwähnt, wurde dieser Funktionswandel von SCHAUFELBERGER nicht deshalb vorgenommen, weil ansonsten kein bereicherungsrechtlicher Gewinnherausgabeanspruch möglich gewesen wäre - lässt sich dieser doch bereits aus dem einseitig orientierten Abschöpfungsgedanken herleiten -, sondern es soll dadurch eine Grundlage geschaffen werden, um den Gutgläubigen aus der Haftung entlassen zu können.

Der Preis, den SCHAUFELBERGER dafür bezahlt, ist hoch. Muss er doch analogieweise das Schadenersatzrecht heranziehen, um zu beweisen, "dass es systemwidrig wäre, wollte man einen Gewinnherausgabeanspruch

206 SCHAUFELBERGER, S. 227.

207 Prävention und Sanktion: es sind dies Argumente, die normalerweise in Art. 423 OR beheimatet sind. Auch die von SCHAUFELBERGER angeführten Belegstellen beziehen sich ausnahmslos - sofern sie das schweizerische Recht zum Gegenstand haben - auf die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag; so: HOFSTETTER, BIRRER, AMREIN, TROLLER, M.Th. FISCHER; und nicht anders der von ihm zitierte BGE 97 II 177. (Eingehender dazu hinten S. 177.

208 Wenn SCHULZ für die Einbettung dieser Funktion ein ganzes "System der Rechte auf den Eingriffserwerb" benötigte, so scheint bei SCHAUFELBERGER die Ungerechtfertigkeit als Funktion auszureichen (SCHAUFELBERGER, S. 222 unter Hinweis auf SCHULZ).

auch ohne Verschulden" ²⁰⁹ gewähren. Damit bedient sich SCHAUFELBERGER wiederum jener "schadenersatzrechtlichen Denkweise", die zu bekämpfen er so sehr bestrebt war ²¹⁰.

Als weiterer Hinweis darauf, dass es sich beim Gewinnherausgabeanspruch wohl doch eher um einen Fremdkörper im Bereicherungsrecht handelt und deshalb noch einer zusätzlichen Begründung bedarf, kann SCHAUFELBERGER's erneute Fragestellung nach der Anspruchsberechtigung gewertet werden, wenn man bedenkt, dass das Merkmal "auf Kosten eines anderen" bereits dazu da ist, den "Anspruchsberechtigten zu bestimmen" ²¹¹. Wenn SCHAUFELBERGER nun - im Zusammenhang mit der Ungerechtfertigtigkeit - die Frage nach dem Anspruchsberechtigten erneut stellt und sie in dem Sinne beantwortet, dass der Gewinn deshalb an den Beeinträchtigten herauszugeben sei, weil "kein Grund ersichtlich (sei), weshalb der Beeinträchtigte den auf seine Kosten erzielten Gewinn nicht erhalten sollte" ²¹², so nimmt er damit - sofern man letzteres als Begründung akzeptiert - eine Doppelbegründung vor, die an sich unnötig wäre, wenn der Gewinnherausgabeanspruch ein den übrigen Bereicherungsansprüchen wesensgleicher Anspruch wäre.

209 SCHAUFELBERGER, S. 227.

210 SCHAUFELBERGER, S. 66, 105, 116, 154, 163, wo er überall eine Abkehr vom traditionellen, schadenersatzrechtlich orientierten Bereicherungsrecht fordert.

211 SCHAUFELBERGER, S. 147 und dann nochmals S. 229 ff.

212 SCHAUFELBERGER, S. 230.

III. ZUSAMMENFASSUNG

Hauptmerkmal der Beeinträchtigungstheorie ist die einseitig am Schuldnervermögen ausgerichtete Betrachtungsweise. Als Gegenstück zum Schaden beurteilt sich die Bereicherung abstrakt, aufgrund der schuldnerischen Gesamtvermögensdifferenz vor und nach dem bereichernden Ereignis. Die Bereicherung wird mit der Vermögensvermehrung gleichgesetzt und erfasst automatisch auch den Gewinn.

Die dogmatischen Schwierigkeiten dieser einseitigen Betrachtungsweise äussern sich zunächst darin, dass bei Fehlen einer Vermögensvermehrung zu einer Fiktion gegriffen werden muss.

Des weiteren können sich aber auch Schwierigkeiten bei der Festsetzung der Bereicherung in dem Sinne ergeben, dass sich das bereichernde Ereignis in verschiedener Hinsicht im Vermögen des Schuldners auswirken kann.

Beispiele²¹³:

- Der Dieb, der die gestohlenen Bilder für eine Ausstellung verwendet, ist um soviel bereichert, "wie er dem Eigentümer für die Miete dafür hätte bezahlen müssen oder allenfalls um den aus der Ausstellung realisierten Verdienst (Gewinn)."
- "Wer ... fremde Farbe zum Malen seines Hauses verwendet, ist um dasjenige bereichert, was er dadurch eingespart hat oder allenfalls um den Mehrwert, den das Haus dadurch erfährt."

Wenn SCHAUFELBERGER die verschiedenen Auswirkungen, die sich im schuldnerischen Vermögen infolge des bereichernden Ereignisses ergeben können, dadurch dogmatisch zu erfassen glaubt, dass er eine Zweiteilung der Bereicherung in eine objektive und eine subjektive "Komponente" vorschlägt, so verkennt er, dass er damit weniger eine juristische Begründung denn eine Sachverhaltsumschreibung vornimmt.

213 Entnommen, SCHAUFELBERGER, S. 60 und S. 144. (Unterstreichung von der Verfasserin).

Abgesehen davon müsste bei der Festsetzung der objektiven Bereicherung in Fällen der Ersparnisbereicherung eine nochmalige Unterscheidung getroffen werden, je nachdem ob die objektive Bereicherung aufgrund der effektiven Ersparnis oder aufgrund eines fingierten Vertrages berechnet würde.

War nach traditionellem Bereicherungsrecht der Bereicherungsanspruch - dadurch dass er von einem im Gläubigervermögen eingetretenen Schaden abhängig gemacht wurde - in zu starkem Masse vom Gläubigervermögen abhängig, so wird er jetzt - nach der Beeinträchtigungstheorie - in ebensolchem Masse vom Schuldnervermögen abhängig, da sich der Bereicherungsanspruch gänzlich nach dem "Vermögen" bzw. "Unvermögen" des Schuldners richtet.

Ebenfalls Ausdruck dieser Abhängigkeit des Gläubigeranspruchs von der Schuldnerseite ist das von SCHAUFELBERGER für die subjektive Bereicherung aufgestellte Kausalitätserfordernis der "noch wesentlichen Bedingung": macht " 'man' den betreffenden Gewinn normalerweise nicht", oder hätte der Gewinn "ebensogut ... durch Verwertung eigener Positionen erzielt werden können", so fehlt es nach SCHAUFELBERGER an einem rechtlich erheblichen Kausalzusammenhang.

Beispiel²¹⁴:

Stiehlt jemand Geld und spekuliert damit gewinnbringend, so ist dieser Spekulationsgewinn nur dann auf Kosten des Bestohlenen erlangt, wenn der Dieb ansonsten niemals einen solchen Geldbetrag zur Verfügung gehabt hätte. Folge davon ist, dass der reiche Dieb weit besser gestellt wird als der arme Dieb, und dass umgekehrt der Gläubiger für die Gewährung des Bereicherungsanspruchs vollständig von der wirtschaftlichen und sozialen Stellung des Bereicherungsschuldners abhängig gemacht wird.

214 Entnommen, SCHAUFELBERGER, S. 191 FN 563.

4. KAPITEL: EIGENER VERSUCH EINER BEGRÜNDUNG DER BEREICHERUNGSLEHRE

§ 1. ZIELSETZUNG

Wenn an SCHAUFELBERGERS Lösungsvorschlag Kritik geübt wurde, so darf dies nicht zur Annahme verleiten, dass damit der traditionellen, an der Vermögensverschiebung orientierten, herrschenden Bereicherungslehre das Wort geredet sein soll. Denn die traditionelle Lehre gerät in ebensolchem Masse in Schwierigkeiten, wenn der Bereicherungsvorgang nicht in einer "normalen", gegenständlichen Vermögensverschiebung, sondern im Gebrauch oder Nutzen fremder Sachen oder in einer Arbeitsleistung besteht.

Schwierigkeiten ergeben sich desweiteren bei der aufgedrängten Bereicherung, und was die dogmatische Einordnung der Gewinnherausgabe anbelangt, so scheint der Widerspruch zwischen der Besitzesregelung (Art. 938 ZGB) und dem Bereicherungsanspruch (Art. 64 OR) für unüberwindlich.

Angesichts der offenen Fragen erscheint es nicht zweckmässig, dieselben deduktiv, anhand einer vorgefassten dogmatischen Konzeption, anzugehen und zu bewältigen. Vielmehr soll zunächst, mit Hilfe einfacher, die Schwierigkeiten sowohl der traditionellen Lehre wie auch der Beeinträchtigungstheorie widerspiegelnder Fallbeispiele eine kurze Problemanalyse vorgenommen werden, um so der Gefahr zu begegnen, eine Neukonzeption zu schaffen, die lediglich auf die sog. "normalen" Bereicherungsfälle zugeschnitten ist, für einen umfassenden Geltungsanspruch jedoch wiederum auf Auswege über Hilfskonstruktionen angewiesen ist.

§ 2. PROBLEMANALYSE ANHAND DREIER FALLBEISPIELE

I. Fall 1: GUTGLÄUBIGER ZWISCHENBESITZ

Ein Kunstliebhaber erwirbt gutgläubig ein gestohlenes Bild, das er alsdann an einen gleichfalls gutgläubigen Dritten weiterveräussert.

Für die hier interessierende Frage, ob der Eigentümer vom Kunstliebhaber als gutgläubigem Zwischenbesitzer einen Bereicherungsanspruch entweder in Höhe des Veräusserungserlöses oder wenigstens des Gewinns - d.i. die positive Differenz zwischen dem An- und Verkaufspreis - geltend machen kann, ist sich Lehre und Rechtssprechung uneinig.

So hält das Bundesgericht und ein Teil der Lehre dafür, dass es sich sowohl beim Verkaufspreis wie auch beim Gewinn des nichtberechtigten aber gutgläubigen Zwischenbesitzers ausschliesslich um eine Frage der gutgläubigen Sachnutzung handle (Art. 938 ZGB), und dass ein Bereicherungsanspruch nicht zur Anwendung komme²¹⁵.

Dieser Ansicht steht jener Teil der Lehre gegenüber, der einen Bereicherungsanspruch in der Höhe entweder des gesamten Erlöses²¹⁶ oder

215 STARK, N 8 und N 18 zu Art. 938 ZGB (anders dagegen N 66 zu Vorbem. Rechtsschutz, Art. 930-937 ZGB); BUCHER, S. 626 FN 105. VON BUEREN, OR Bes. Teil, S. 310, der resignierend feststellt: "Die Regel (ZGB 938) ist überholt und führt leicht zu Unbilligkeiten. Aber sie ist so geschrieben, und eine Berichtigung übers Bereicherungsrecht dürfte nicht erwogen werden." Ebenso: BGE 71 II 98.

216 Wahrscheinlich BUCHER, S. 630 FN 118: "Herausgabe der vollen Bereicherung" gemäss OR 423 I, konkurrierend mit OR 62; OSER/SCHOENENBERGER, N 5 zu Art. 64; OSTERTAG, N 16 zu Art. 938; differenzierend Ed. KELLER, S. 40, der den unentgeltlichen Besitzer "billigerweise" auf den gesamten Erlös haften lässt, während der entgeltliche Besitzer nur den Gewinn herauszugeben habe.

wenigstens des Gewinns²¹⁷ befürwortet.

Der Wertungswiderspruch zwischen dem gutgläubigen Sachbesitzer und dem gutgläubig Bereicherten scheint in der Beeinträchtigungstheorie dadurch gelöst worden zu sein, dass das A u s s a s s der Ungerechtfertigkeit in Analogie zu Art. 938 ZGB bestimmt wird²¹⁸. Da sich bei SCHAUFELBERGER die Ungerechtfertigkeit entweder aus der Rechtsgrundlosigkeit einer Zuwendung oder aus der Widerrechtlichkeit eines Eingriffs ergibt²¹⁹, der Veräußerungserlös nun aber weder auf einer Zuwendung des Eigentümers²²⁰ noch auf einem Eingriff des Zwischenbesitzers beruht, ist zweifelhaft, ob und allenfalls in welcher Höhe ein Bereicherungsanspruch gegen den gutgläubigen Zwischenbesitzer gewährt werden kann.

216 (forts.) VON TUHR/PETER, S. 495 FN 130a/131 und S. 497 FN 143, der jedoch für die Herausgabe desjenigen Teilbetrages des Erlöses, der vom Eigentümer nicht hätte erzielt werden können, wo mithin die Voraussetzung der Entreicherung nicht gegeben ist, Art. 423 OR anwendet. HOMBERGER, N 12 zu Art. 938, der allerdings jenen Fall im Auge hat, wo ein vermeintlicher Erbe eine Sache verkauft, so dass die von ihm vorgenommene Gleichsetzung von Bereicherung, Verkaufserlös und Gewinn zutreffen kann (aber nicht zutreffen muss, was z.B. dann nicht der Fall wäre, wenn eine Ueberwertveräußerung erfolgte).

217 HINDERLING, SPR V/1, S. 512; SIMONIUS, S. 59.

218 Vgl. vorne S. 31 f. und S. 53 f.

219 a.a.O.

220 Die Zuwendung eines Dritten fällt nicht mehr unter den von SCHAUFELBERGER verwendeten Begriff der Zuwendung (vgl. ders., S. 141, 209); wahrscheinlich wäre dieser Fall unter die Zufallskondition zu subsumieren (ders., S. 146), über deren Massgabe der Ungerechtfertigkeit sich SCHAUFELBERGER aber ausschweigt.

II. Fall 2: GEBRAUCH FREMDER SACHEN

Der Neffe bewohnt unberechtigterweise die Villa seines während längerer Zeit in den USA weilenden Onkels.

Während das Bundesgericht auch hier bei Gutgläubigkeit des Neffen einen Fall der gutgläubigen Sachnutzung (Art. 938 ZGB) annimmt²²¹, ist in der Lehre zweifelhaft, inwieweit ein Bereicherungsausgleich Platz greifen kann. Denn im vorliegenden Fall kann weder von einer Vermögensverschiebung noch von einem Schaden die Rede sein, da dem Onkel ja nicht das Eigentum an der Villa entzogen wurde, und die Villa auch sonst leergestanden hätte. So greift denn die herrschende Lehre für die Lösung dieses Falles zum sog. faktischen Vertragsverhältnis, um dennoch einen Ausgleich gewähren zu können²²².

Dagegen erheben sich nun aber mancherlei Bedenken. Denn abgesehen davon, dass es sich hierbei um eine dogmatische Flickarbeit handelt, ist auch diese Lösung nicht problemlos. Schwierigkeiten ergeben sich beispielsweise dann, wenn der Neffe minderjährig und bösgläubig ist; oder - wenn er zwar volljährig und gutgläubig²²³ ist - ohne das "Angebot" des Onkels entweder unentgeltlich bei seinen Eltern oder aber zu einem günstigen Preis in einem Studentenheim gewohnt hätte. Während im ersteren Fall das sog. faktische Vertragsverhältnis an der Minder-

221 Vgl. BGE 84 II 378.

222 SCHOENENBERGER/JAEGGI, N 558 ff. zu Art. 1; GUHL/MERZ/KUMMER, § 13 III, S. 97; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 1165 f.; VON BUEREN, Allg. Teil, S. 211; BUCHER, S. 239; VON TUHR/PETER, S. 501.

223 So ist es durchaus möglich, dass der Neffe die Ueberlassung der Schlüssel zur Villa falsch interpretieren durfte.

jährigkeit des Neffen scheitern würde²²⁴ und damit - trotz Bösgläubigkeit - kein Entschädigungsanspruch verlangt werden könnte, müsste im letzteren Fall - ungeachtet der Gutgläubigkeit - vielleicht ein sehr hoher Mietzins bezahlt werden, ohne dass die Einwendung des Fehlens der Bereicherung (Art. 64 OR) geltend gemacht werden könnte.

Die Beeinträchtigungstheorie unterscheidet sich von der herrschenden Lehre in dem Sinne, dass beim Gebrauch fremder Sachen die objektive Bereicherung direkt aufgrund eines fingierten Vertrages berechnet wird²²⁵. Damit verliert das sog. faktische Vertragsverhältnis seine selbständige Bedeutung und wird als Berechnungsmethode ins Bereicherungsrecht integriert. Dies hat den Vorteil, dass auch bei Minderjährigkeit des Neffen ein Wertersatz geschuldet ist, da der Bereicherungsanspruch unabhängig vom Vorhandensein der Handlungsfähigkeit der Parteien entsteht.

224 Dagegen sieht BUCHER vor, dass "bei Leistungsbezug durch Handlungsunfähige ... diese soweit als verpflichtet zu halten (sind), als die Leistung für sie nützlich war" (BUCHER, S. 242). Und SCHOENENBERGER/JAEGGI halten - wenn auch nicht für die Handlungsunfähigkeit so doch für die Urteilsunfähigkeit - dafür (N 561 zu Art. 1), dass diesfalls kein Vertrag vorliege, sondern nur ein vertragsähnliches Verhältnis", dass es aber für die "Rechtslage" gleichgültig sei, ob ein wirksamer Vertrag vorliege oder nicht. "Denn die Inanspruchnahme der Leistung (sc. fremden Leistung) bildet für sich allein einen genügenden Rechtsgrund, um in allen Fällen die gleiche Rechtslage eintreten zu lassen, wie sie bei Leistungen der betreffenden Art vertraglich festgesetzt zu werden pflegt" (N 561 zu Art. 1). Wenn auch im Ergebnis richtig, so fragt sich doch, ob es diesfalls nicht angebrachter wäre, eine Lösung über die ungerechtfertigte Bereicherung zu suchen, die einen Anspruch ungeachtet der Handlungsfähigkeit der Parteien entstehen lässt.

225 Vorne S. 47.

Wie bei der herrschenden Lehre muss es dagegen auch bei der Beeinträchtigungstheorie als unbefriedigend angesehen werden, dass der gutgläubige Neffe sich nicht darauf berufen kann, dass er - in Kenntnis des wahren Sachverhaltes - unentgeltlich bei seinen Eltern gewohnt hätte, da bei der Beeinträchtigungstheorie die Bereicherung stets im Umfang der objektiven Bereicherung ungerechtfertigt ist. Dieses Ergebnis mutet umso befremdlicher an, weil nämlich dann, wenn der Neffe in einem Studentenheim gewohnt hätte - und darin unterscheidet sich die Beeinträchtigungstheorie von der herrschenden Lehre - die Bereicherung nicht aufgrund eines fingierten Vertrages, sondern nach den effektiv ersparten Aufwendungen berechnet wird. Der Neffe hätte somit - je nachdem ob er zu Hause oder im Studentenheim gewohnt hätte - entweder den stolzen Preis für die fingierte Miete der Villa - wenn er zu Hause gewohnt hätte - oder aber den bescheidenen, effektiven Mietzins für das Studentenheim als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.

III. Fall 3: AUFGEDRAENGTE BEREICHERUNG

Der vom Bauer neu eingestellte Knecht pflügt irrtümlicherweise die Aecker des Nachbarn²²⁶.

Ebenso wie im vorangehenden Fallbeispiel fehlt es auch hier an einer Vermögensverschiebung. Und selbst dann, wenn mit einem Teil der Lehre eine Vermögensverschiebung bejaht wird²²⁷, muss desweiteren auf Gläubigerseite der Nachweis erbracht sein, dass infolge der rechtsgrundlosen Arbeitsleistung ein Erwerb aus anderweitiger Tätigkeit entgangen ist.

226 Beispiel entnommen KOPPENSTEINER, NJW 1971, S. 1771.

227 VON TUHR/PETER, S. 473 FN 3.

Einfacher erscheint es deshalb, wenn der Grossteil der Lehre auch hier einen Ausweg über das faktische Vertragsverhältnis sucht ²²⁸. Ein Unterschied zum vorangehenden Beispiel besteht aber insofern, als nunmehr nicht diejenige Partei, die durch ihr Handeln ein faktisches Vertragsverhältnis veranlasst hat, zur "vertraglichen" Leistung angehalten wird, sondern umgekehrt, die notwendig gutgläubige Gegenpartei ²²⁹ zur "Vertragsleistung" verpflichtet wird, unabhängig davon, ob ihr dadurch auch persönlich ein Vorteil erwachsen ist. Konkret würde dies bedeuten, dass der Nachbar auch dann seine "vertragliche Gegenleistung" in Form einer Entschädigung für die geleistete Arbeit zu erbringen hätte, wenn er beispielsweise den Acker bereits einer Baugenossenschaft für die Erstellung von Wohnbauten verkauft hätte, und sich damit das Pflügen als unnütz erwiesen hätte. Die Einwendung des Wegfalls der Bereicherung käme deshalb nicht in Betracht, weil "vertragliche Leistungspflichten" unabhängig ihrer Auswirkungen im gegnerischen Vermögen geschuldet sind, und deren Abhängigkeit lediglich synallagmatischer Natur ist.

Auch in Anwendung der Beeinträchtigungstheorie hat der Nachbar dem beeinträchtigten Bauer die Bereicherung herauszugeben. Der Bereicherungsumfang bemisst sich wiederum nach den effektiv ersparten Ausgaben (so z.B. für einen Tagelöhner) oder, falls keine Ausgaben erspart wurden, aufgrund eines finigerten Vertrages. Damit müsste der Nachbar auch dann einen objektiven Wertersatz, bemessen aufgrund eines fingierten Vertrags, bezahlen, wenn er den Acker zu nicht-landwirtschaftlichen Zwecken verkauft hätte.

228 Oben FN 222. Unberücksichtigt bleibt an dieser Stelle Art. 320 II OR des Arbeitsvertragsrechts.

229 Erkennt die Gegenpartei den Bereicherungsvorgang und wendet sie dagegen nichts ein, so muss dies unter Würdigung der konkreten Umstände als stillschweigende Zustimmung zum Vertragsabschluss gewertet werden. Die "konkreten Umstände" geben damit auch den Ausschlag für das Vorhandensein oder Fehlen der Gutgläubigkeit.

IV. ERGEBNIS DER PROBLEMANALYSE

A. Für die traditionelle Lehre

Wenn die traditionelle Lehre davon ausgeht, dass ein Bereicherungsanspruch nur insoweit gegeben ist, als beim Anspruchsberechtigten ein Schaden in Höhe der Bereicherung vorliegt, so gründet diese Auffassung auf der Vorstellung, dass beim Bereicherungsvorgang eine gegenständliche Sache aus dem Vermögen einer Person ausscheidet und in dasjenige einer andern Person hinüberwechselt, so dass mit dem Verlust der Sache beim Gläubiger ein Schaden entsteht, der gleichzeitig beim Schuldner eine Vermögensvermehrung darstellt.

So zutreffend die Prämisse der wertmässigen Identität von Bereicherungsgegenstand - d.i. dasjenige, was der Bereicherte konkret erlangt hat -, Vermögensvermehrung - d.i. die Vermögensdifferenz beim Schuldner vor und nach dem bereichernden Ereignis - und Schaden - d.i. die Vermögensdifferenz beim Gläubiger vor und nach dem bereichernden Ereignis - im Falle der gegenständlichen Sachverschiebung gegeben ist, so wenig ist sie im Falle einer rechtsgrundlos erbrachten Arbeitsleistung oder eines rechtsgrundlos genossenen Gebrauchs - oder Nutzungsvorteils geeignet, da die wertmässige Identität nicht durch eine gegenständlich verschiebbare Sache inhaltlich vorgegeben ist. Diesem inhaltlichen Auseinanderfallen von Bereicherungsgegenstand, Vermögensvermehrung und Schaden wird nun von der herrschenden Lehre in dem Sinne Rechnung getragen, dass einfach der jeweils geringere Betrag von Vermögensvermehrung einerseits und Schaden andererseits als Bereicherung angenommen wird²³⁰. Es wird damit nicht mehr nach dem Bereicherungsgegenstand gefragt, sondern - auf direktem Weg des Subtraktionsverfah-

230 Statt vieler: VON TUHR/PETER, S. 473; OSER/SCHOENENBERGER, N 6 zu Art. 62.

rens - die Bereicherung abstrakt im Sinne einer rechnerischen Differenzgrösse erfasst. Dem ist nun aber entgegenzuhalten, dass damit eine dogmatisch unzulässige Vereinfachung vorgenommen wird, die ausser acht lässt, dass die Bereicherung im Sinne des Gesetzes²³¹ von einer gegenständlichen Sachverschiebung ausgeht und damit mit dem Bereicherungsgegenstand - in diesem Fall einer gegenständlichen Sache - identisch ist. So ist denn nicht anders zu erklären, wenn das Gesetz davon spricht, dass die "aus dem Vermögen eines andern" erlangte Bereicherung "zurückzuerstatten" sei (Art. 62 I OR), dass die "Rückerstattung" aber insoweit nicht gefordert werden könne, als der Empfänger nicht mehr "bereichert" sei, es sei denn, dass er sich der Bereicherung gutgläubig "entäusserte" (Art. 64 OR).

Wäre sich der damalige Gesetzgeber einer Bereicherung erlangt durch einen Gebrauchs- oder Nutzungsvorteil oder durch eine Arbeitsleistung bewusst gewesen, so liessen sich wohl kaum Wendungen wie "aus dem Vermögen", "Rückerstattung" und "entäussern" finden. Denn weder kann ein realisierter Gebrauchsvorteil noch eine erbrachte Arbeitsleistung "zurückerstattet" oder "entäussert" werden. Und auch was die Wendung "aus dem Vermögen" anbelangt, so bleibt derjenige, dessen Sache unrechtmässigerweise gebraucht wird, nichtsdestoweniger Eigentümer dieser Sache, so dass von einer Vermögensverschiebung nicht die Rede sein kann²³². Desweiteren braucht der Entzug der Gebrauchsmöglichkeit beim Berechtigten keineswegs einen Schaden zu verursachen. Es ist sogar denkbar, dass der Berechtigte gar nicht vom Gebrauch seiner Sache ausgeschlossen wird, oder dass ihm der gleichzeitige Gebrauch durch den unberechtigten Dritten erst noch einen Vorteil einbringt (so wenn

231 Wenig ergiebig sind die Gesetzesmaterialien. Nachweis bei BUSSY, S. 28 ff., der daselbst von "restitution d'un object corporel" spricht.

232 Anders verhält es sich lediglich beim unbefugten Verbrauch einer fremden Sache. Diesfalls geht aber das Eigentum unter, und es ist wiederum sowohl die Voraussetzung der Vermögensverschiebung wie (in der Regel) diejenige des Schadens erfüllt.

z.B. ein urheberrechtlich geschütztes Werk verfilmt wird, und dadurch die Popularität des Autors steigt).

Ebenfalls Ausdruck dieses an der gegenständlichen Sachverschiebung orientierten Bereicherungsrechts ist der heute noch in allen Lehrbüchern anzutreffende Satz, dass die Bereicherung soweit als möglich *in natura* zurückzugeben sei²³³. Wenngleich dieser Lehrsatz heute als überholt gilt²³⁴, so konnte er auch zu einer Zeit, wo der Eigentumsübergang noch abstrakter Natur war²³⁵, nur deshalb mit solcher Allgemeingültigkeit aufgestellt werden, weil nicht daran gedacht wurde, dass weder ein konsumierter Gebrauchsvorteil noch eine erbrachte Arbeitsleistung *in natura* zurückgegeben werden kann.

B. Für die Beeinträchtigungstheorie

Den Schwierigkeiten der traditionellen Lehre glaubt SCHAUFELBERGER dadurch entgehen zu können, dass er auf die Vermögensverschiebung als gegenständlich verfolgbaren Vorgang zwischen dem Gläubiger- und dem Schuldnervermögen verzichtet und stattdessen - in isolierter Fragestellung - zunächst das Vorhandensein einer Vermögensvermehrung auf Schuldnerseite, alsdann das Vorliegen einer Beeinträchtigung auf Gläubigerseite prüft.

Abgesehen davon, dass es fraglich erscheint, ob diese isolierte Anknüpfung sich nicht zu einseitig am Schuldnervermögen ausrichtet und damit der gesetzlichen Regelung nicht mehr gerecht wird, nimmt SCHAUFELBERGER in ebensolcher Weise wie die traditionelle Lehre eine Gleichsetzung von Bereicherungsgegenstand und Vermögensvermehrung vor, lediglich mit dem Unterschied, dass die Voraussetzungen der Vermögensver-

233 Statt vieler: VON TUHR/PETER, S. 501.

234 So ist er lediglich noch bei der Rückzession einer Forderung von praktischer Bedeutung.

235 Praxisänderung: BGE 55 II 306 ff.

schiebung und des Schadens durch die Kausalität ersetzt werden. Denn weder kann im erlangten Gebrauchsvorteil noch in der erbrachten Arbeitsleistung unmittelbar eine Vermögensvermehrung erblickt werden, sondern erst die Ersparnis von Ausgaben als Reflexwirkung des primär Erlangten, stellt eine Vermögensvermehrung dar.

Diese Gleichstellung von Vermögensvermehrung und Ersparnisbereicherung²³⁶ wirkt sich - wie nachfolgend gezeigt wird - in zweifacher Hinsicht ungünstig aus: einmal bei Bösgläubigkeit des Bereicherten, dann aber auch bei Fehlen effektiv ersparter Ausgaben.

Die in Art. 64 OR für den gutgläubig Bereicherten vorgesehene Einwendung des Wegfalls der Bereicherung kommt im Falle der Gleichsetzung von Vermögensvermehrung und Ersparnisbereicherung auch dem Bösgläubigen zugute. Dies erhellt aus folgender Ueberlegung: Die Einwendung des Wegfalls der Bereicherung soll verhindern, dass der gutgläubige Bereicherungsschuldner durch den Bereicherungsanspruch eine vermögensrechtliche Schlechterstellung erfährt, als wenn die Bereicherung nicht eingetreten wäre. Mit Art. 64 OR werden alle im Vertrauen auf die Endgültigkeit des erlangten Vorteils gemachten Vermögensausgaben erfasst, die in der Zeitspanne der Entstehung der Bereicherung und des Herausgabeanspruchs vorgenommen wurden. Eine ebensolche Wertentscheidung beruht nun aber auch auf dem Ersparnisgedanken.

Danach soll nämlich ein Bereicherungsanspruch nur insoweit vorliegen, als der Empfänger eines Gebrauchs- oder Nutzungsvorteils oder einer Arbeitsleistung effektiv Ausgaben erspart hat. Auch der Ersparnisgedanke dient somit dem Schutz vor dem "Griff in die eigene Tasche" und ist grundsätzlich eine nur bei Gutgläubigkeit des Bereicherten zu prüfende Frage des Bereicherungssumfangs. Wird nun aber bereits bei der Festsetzung des Bereicherungsgegenstandes auf die effektive Ersparnis abgestellt, so wird die in Art. 64 OR lediglich für den Gutgläubigen getroffene Ausnahmebestimmung vorweggenommen und auch

236 Die Gleichstellung der Vermögensvermehrung mit der Ersparnisbereicherung reicht bis in die Digesten zurück: Ulpian, D. 12. 6. 26. 12.

dem Bösgläubigen zugänglich macht, was gleichzeitig zu einer Vermischung von Bereicherungsgegenstand und Bereicherungsumfang führt²³⁷.

Werden dagegen keine Ausgaben erspart, so errechnet SCHAUFELBERGER die Bereicherung aufgrund eines fingierten Vertrages. Wie in der herrschenden Lehre - mit dem Unterschied, dass der fingierte Vertrag als Berechnungsmethode in das Bereicherungsrecht integriert ist - vermag diese Berechnungsmethode insbesondere dann nicht zu befriedigen, wenn der Bereicherte gutgläubig ist. Denn damit wird er unter Umständen zum "Griff in die eigene Tasche gezwungen", was als Verstoss gegen den obersten bereicherungsrechtlichen Grundsatz abgelehnt werden muss.

C. Schlussfolgerung für den Lösungsvorschlag: Klare Unterscheidung zwischen Bereicherungsgegenstand und Vermögensvermehrung

Aus den vorangehenden Ausführungen ist unschwer ersichtlich, dass sich sowohl für die traditionelle Lehre wie auch für die Beeinträchtigungstheorie eine Vielzahl der Probleme daraus ergeben, dass nicht hinreichend zwischen Bereicherungsgegenstand und Vermögensvermehrung unterschieden wird. Denn wird bereits bei der Voraussetzung der Entstehung der Bereicherung danach gefragt, ob eine Vermögensvermehrung vorhanden ist, so muss in Fällen der Ersparnisbereicherung entweder - bei Fehlen einer Vermögensvermehrung - zur Fiktion gegriffen werden, oder aber - bei Vorhandensein effektiv ersparter Ausgaben - die in Art. 64 OR für den Gutgläubigen vorgesehene **A u s n a h m e b e s t i m m u n g** vorweggenommen werden, was zu einer Vermischung von Bereicherungsgegenstand und Bereicherungsumfang führt²³⁸.

237 So aber SCHAUFELBERGER (S. 62), wenn er bei der Vermögensvermehrung u.a. feststellt: "Die Ersparnisbereicherung ist auch im Zusammenhang mit OR 64 von Bedeutung."

238 So ist es denn bezeichnend, dass in den bereicherungsrechtlichen Lehrbüchern und Kommentaren dem Bereicherungsgegenstand nur selten - und wenn, dann in unvollkommener Weise - ein systema-

238 tisch selbständiger Platz zugewiesen wird. So halten GUHL/MERZ/KUMMER dafür, dass die Entstehung der Bereicherung vom Vorhandensein einer positiven schuldnerischen Vermögensdifferenz vor und nach der Vermögensvermehrung abhängig sei; unerwähnt bleibt aber der Bereicherungsgegenstand. Ebenso OSER/SCHOENENBERGER, (Art. 62); BECKER (N 2 zu Art. 62 und N 25 zu Art. 62): "Der Bereicherungsanspruch geht auf Rückerstattung der Bereicherung, mit Einschluss der Nutzungen und Akzessionen, in natura und eventuell auf Wertersatz. Vgl. die Bem. zu Art. 64 und 65." Bezeichnend auch hier der Hinweis auf den Umfang (Art. 64 OR). Ebenso VON TUHR/PETER: "Bereicherung ist Vermögensvermehrung..." (S. 472). Ansatzweise richtig dann aber weiter hinten, wo sie unter dem Titel "Gegenstand und Umfang der Bereicherung" festhalten: Der "Gegenstand ist, soweit möglich, in natura zurückzugeben" (S. 501); und: "Die Rückerstattungspflicht des (gutgläubig) Bereicherten erlischt nach Art. 64, wenn er zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist" (S. 502). Unklar BUCHER, der den "Gegenstand der Bereicherungsansprüche" einmal unter dem Titel "Allgemeines" behandelt und daselbst richtig festhält, dass mit der Kondiktion "ungerechtfertigtes Haben" ausgeglichen werden soll, "und zwar soweit als möglich in natura durch Rückgängigmachung der nicht gerechtfertigten Vermögensverschiebung" (S. 599), dann aber - unter dem Titel "Rechtsnatur und Gegenstand des Bereicherungsanspruchs" (S. 628) - die " 'Bereicherung' als Vermögens-Differenzgrösse" (S. 630) bezeichnet. (Die von BUCHER vorgenommene In-Zeichen-Setzung von "Bereicherung" trägt m.E. nicht unbedingt zur Klarheit bei). Ebenda hält er sodann fest, dass sich die Rückerstattungspflicht bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution in eine "Wertausgleichspflicht" umwandle, und unmittelbar anschliessend: " 'Bereicherung' ist eine Differenzgrösse zwischen zwei Vermögenszuständen: Dem ... Istzustand und dem hypothetischen Vergleichszustand ... " (a.a.O.). Inwieweit die zum "Umfang" gemachten - systematisch jedoch unter dem Titel "Gegenstand" stehenden - Ausführungen als Erklärung für eine Vermischung von Gegenstand und Umfang der Bereicherung gedacht sind, soll hier offen bleiben. Festgehalten sei aber doch soviel, dass diese Vereinfachung eine dogmatische Verkürzung darstellt, die wohl einer fundierteren Begründung bedürfte als dies BUCHER glaubt dartun zu können, wenn er festhält, dass die an die Naturalrestitution anknüpfende und bei deren Unmöglichkeit an der Grösse des Ersatzwertes orientierende Betrachtungsweise in einem "vermögensmässig ('kapitalistisch') denkenden Zeitalter" durch die Regel "abgelöst" wurde, dass die "Bereicherung im Sinne von Vermögensvermehrung" herauszugeben sei (S. 633). Es empfehle sich aber "die Bereicherung mit dem Umfang des 'Empfangenen' gleichzusetzen", dies unter dem Gesichtspunkt, "dass andernfalls der Unterschied zwischen den Kondiktionsstatbeständen und den Fällen, in denen der Gesetzgeber 'Rückleistung des Empfangenen' anordn(e), ohne hinreichende innere Rechtfertigung zu gross würde (!)". Immer müsse "in dieser Frage dem richterlichen Ermessen weiter Spielraum verbleiben" (S. 634).

Eine befriedigende Lösung kann nur dadurch gewonnen werden, dass im Zusammenhang mit der Entstehung der Bereicherung lediglich nach dem Bereicherungsgegenstand gefragt wird, unabhängig davon, ob eine Vermögensvermehrung eingetreten ist; denn letzteres stellt eine Frage des Bereicherungsumfanges dar und ist - als Ausnahmebestimmung - erst in zweiter Linie und nur bei Gutgläubigkeit zu prüfen.

Je nachdem ob der Bereicherungsvorgang auf einer gegenständlichen Sachverschiebung, auf dem Gebrauch oder Nutzen einer fremden Sache oder auf der Ausnutzung fremder Arbeitskraft beruht, stellt der Bereicherungsgegenstand entweder die Sachsubstanz²³⁹, den Gebrauchsvorteil oder die Arbeitsleistung dar. Irrelevant ist dagegen für die Entstehung der Bereicherung, ob eine Vermögensvermehrung eingetreten ist. Denn weder stellt die Arbeitsleistung noch der Gebrauchsvorteil unmittelbar eine Vermögensvermehrung dar; vielmehr sind die ersparten Aufwendungen erst mittelbare Folge (Reflex) des unmittelbar, primär erlangten Bereicherungsgegenstandes und erst dann - in zweiter Linie - zu prüfen, wenn die Voraussetzung der Entstehung der Bereicherung erfüllt ist.

Der Bereicherungsanspruch ist damit k o n k r e t am Bereicherungsgegenstand - und nicht abstrakt an der schuldnerischen Vermögensvermehrung im Sinne einer Gesamtvermögensdifferenz - ausgerichtet. Denn, wie RABEL zutreffend formuliert: " Wie der Bereicherte den Gegenstand zu seinem Vermögen in Beziehung setzt, ist ausschliesslich seine eigene Angelegenheit."²⁴⁰

239 So wenn eine fremde Sache verbraucht, veräussert, verarbeitet (Art. 726 ZGB), oder mit einer eigenen Sache verbunden oder vermischt (Art. 727 ZGB) wird.

240 RABEL, Rabels Z 10(1936), S. 427. Ähnlich auch GOETZKE, AcP 173, S. 309. Und KRASSER (GRUR Int. 1980, S. 267) fordert, dass man bemüht sein müsse, den Unterschied zwischen dem "Erlangten" und der "Bereicherung" schärfer herauszustellen.

§ 3. BEREICHERUNGSRECHTLICHE FUNKTIONSBESTIMMUNG

Art. 62 I OR bestimmt, dass derjenige, der in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten hat.

In Berücksichtigung der Tatsache, dass die Wendung "aus dem Vermögen eines andern" auf den Fall der gegenständlichen Sachverschiebung zugeschnitten ist, dass aber weder das Arbeitskraftpotential noch die bloße Gebrauchsmöglichkeit ein Vermögensgut²⁴¹ darstellen, lässt sich somit sagen, dass derjenige, der etwas erlangt hat, das ihm nicht gebührt, dieses erlangte "Etwas"²⁴² dem Berechtigten zurückzuerstatten hat. Bereicherungsgegenstand bildet somit konkret das Erlangte, unabhängig davon, ob beim Berechtigten ein Schaden oder beim Verpflichteten eine Vermögensvermehrung eingetreten ist. Damit kann aber dem Bereicherungsrecht weder eine Schadensausgleichsfunktion noch eine Abschöpfungsfunktion zukommen. Aufgabe des Bereicherungsrechts ist es vielmehr, den Bereicherungsgegenstand im Sinne des primär Erlangten zurückzuer-

241 Unzutreffend LIEB (NJW 1971, S. 1289), wenn er bereits in der blossen Gebrauchsmöglichkeit ein selbständiges, vermögenswertes Gut erblickt. Denn damit würde die rein faktische Möglichkeit zum Gebrauch einer fremden Sache für einen Bereicherungsanspruch genügen. Zutreffend die gegen LIEB gerichtete Kritik von KOPPENSTEINER/KRAMER (S. 127), dass derjenige, der in der Nähe eines Obstbaumes vorbeikomme, zwar die Möglichkeit habe zu ernten; nehme er diese Möglichkeit jedoch nicht wahr, dann habe er nichts erlangt, was Gegenstand eines Bereicherungsanspruches sein könnte.

242 Ebenso vom erlangten "Etwas" oder einfach vom "Erlangten" sprechen: JAUERNING-SCHLECHTRIEM, § 812 I.2 unter Hinweis darauf, dass es sich beim erlangten "Etwas" nicht um einen fassbaren Vermögenswert handeln müsse; LARENZ, SchR II, § 70 I, S. 573; ders., Wertersatz, S. 209; ESSER, S. 342, 376; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 28, 121 ff.; MESTMAECKER, JZ 1958, S. 523; CANARIS, JZ 1971, S. 561.

statten²⁴³.

Keinen Einfluss auf die Rückgabefunktion hat es dagegen, wenn die Rückgabe in natura nicht mehr möglich ist, denn dies ist eine Frage der rechtlichen Ausgestaltung des Herausgabeanspruchs.

§ 4. ENTSTEHUNG DER BEREICHERUNG

I. UNGERECHTFERTIGTHEIT DES ERWERBS ALS MASSGEBLICHES KRITERIUM FÜR DIE ENTSTEHUNG DER BEREICHERUNG

Im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Funktionsbestimmung wurde festgehalten, dass der Bereicherungsanspruch auf Rückgabe des primär Erlangten gerichtet ist. Ob es sich dabei um eine "aus dem Vermögen eines andern" stammende Sache, um einen Gebrauchsvorteil oder um eine Arbeitsleistung handelt, ist für die Entstehung der Bereicherung ohne Belang. Unmassgeblich ist es auch, ob sich das primär Erlangte positiv im Vermögen des Schuldners ausgewirkt hat oder nicht. Entscheidend ist allein, dass dasjenige, was erlangt wurde, in ungerechtfertigter Weise erlangt wurde. Damit geht der Bereicherungsanspruch für die Entstehung der Bereicherung von der Ungerechtfertigkeit des Erwerbs aus, nicht aber von der Vermögensvermehrung des Schuldners²⁴⁴.

243 Ebenso VON CAEMMERER, JZ 1948, S. 509: "Bereicherungsansprüche gehen dagegen nicht auf Schadloshaltung des Gläubigers und auch nicht auf Herausgabe jeder Bereicherung schlechthin, sondern auf Herausgabe des Erlangten... ."

244 Während nach hier vertretener Ansicht die Voraussetzung der Ungerechtfertigkeit eine Frage der Entstehung, und die Vermögensvermehrung eine solche des Umfangs (dazu hinten S. 119 ff.) darstellt, verfährt SCHAUFELBERGER in umgekehrter Richtung: zuerst prüft er das Vorhandensein der Vermögensvermehrung und an letzter Stelle - als eine Frage des Umfangs - die Voraussetzung der Ungerechtfertigkeit.

II. UNGERECHTFERTIGTER ERWERB ALS EIN IM WIDERSPRUCH ZUM ZUWEISUNGS- GEHALT EINES SUBJEKTIVEN RECHTS STEHENDER ERWERB

A. Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts

1. Anknüpfungspunkt

Davon ausgehend, dass sich die Anspruchsbegründung weder an der Vermögensvermehrung des Schuldners noch an der Vermögensverminderung des Gläubigers orientiert, und dass auch sonst die Rechtsordnung nicht das Vermögen als solches, sondern nur die einzelnen subjektiven Rechte daran ordnet und schützt²⁴⁵, soll auch im Bereicherungsrecht das subjektive Recht Anknüpfungspunkt in dem Sinne sein, dass sich die Ungerechtfertigkeit des Erwerbs danach beurteilt, ob dieser Erwerb im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts²⁴⁶ steht. Anknüpfungspunkt bildet dabei jenes Strukturelement des subjektiven Rechts, von dem gesagt werden kann, dass es einer Person "zugewiesen" sei.

245 VON TUHR/PETER, S. 9; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 151; LARENZ, Allg. Teil, § 17 I 3, S. 275.

246 Ebenso, jedoch nur für die Eingriffskondiktion: VON CAEMMERER, S. 352 ff.; WILBURG, S. 27 ff.; LARENZ, SchR II, § 68 II, S. 532; MEDICUS Rdn 712; MESTMAECKER, S. 523 ff.; und SCHLECHTRIEM (S. 448), für den der "Begriff 'Zuweisungsgehalt' durchaus geeignet (ist), die Bewertung und Präzisierung der als 'bereicherungsrelevant' zu behandelnden Positionen zu bezeichnen". Obwohl sich namhafte Autoren auf die sog. Zuweisungstheorie berufen, findet sich nirgends eine eingehende Begründung zur rechtlichen Ausgestaltung des Zuweisungsgehalts eines subjektiven Rechts; vielmehr wird einfach eine Umschreibung im Sinne von "Haben und Nutzen" einer Sache vorgenommen. So ist es weiter nicht verwunderlich, wenn eine Meinungsvielfalt bezüglich der Zuweisungsgehalte der einzelnen Rechte besteht (vgl. vorne S.12 f.) und deshalb häufig zum Gegenstand der Kritik gemacht wird. Kritisch: JAKOBS, S. 23 ff.; KELLMANN, S. 90 ff.; SCHAUFELBERGER, S. 80 ff.

2. Struktur des subjektiven Rechts

a. Formellrechtlicher Aspekt

Methodischer Ausgangspunkt für die Ergründung des subjektiven Rechts bildet das Rechtssubjekt als Subjekt von Rechten²⁴⁷. Daraus lässt sich zunächst einmal nur soviel ableiten, dass für die Umschreibung der Beziehung zwischen Subjekt und Rechtsnorm nicht das Subjekt als Adressat einer von der Rechtsnorm ausgehenden Verpflichtung verstanden sein kann - denn alsdann wäre nicht von Rechtssubjekt sondern von "Pflichtsubjekt"²⁴⁸ die Rede -, sondern dass es sich dabei vielmehr um die "rechtliche Anerkennung der natürlichen Freiheit des Subjekts (handelt), die sich darin äussert, dass es an Verboten und Geboten fehlt"²⁴⁹. Mit der Anerkennung subjektiver Rechte verfolgt die Rechtsordnung den Zweck, dem Rechtssubjekt einen Freiheitsbereich eigenverantwortlichen Gestaltens zu überlassen. Es handelt sich dabei aber nicht um eine schrankenlose Freiheit, sondern um eine im Rahmen der Rechtsordnung sich befindlichen Freiheit²⁵⁰. Je nach Art des in Frage stehenden subjektiven Rechts kann sich die Freiheit auf eine Sache, eine Person oder ein schuldrechtliches Verhältnis beziehen.

Die rechtliche Anerkennung des individuellen Freiheitsbereichs bringt es notwendig mit sich, dass Dritte von diesem Freiheitsbereich ausgeschlossen sind und - bei Missachtung dieser Ausschlusspflicht - mit einer in der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Sanktion belegt werden.

247 Wollte man dagegen das objektive Recht ergründen, so wäre die Blickrichtung auf die einzelnen Rechtssätze zu richten. Da hier vom subjektiven Recht die Rede ist, ist von jenem "Beziehungspunkt" auszugehen, "auf den sich die objektiven Rechtssätze zuführen und von dem aus sie sich unter spezifischem Winkel erkennen lassen", mithin dem "Rechtssubjekt" (SCHLUEP, S. 287).

248 SCHLUEP, a.a.O.

249 SCHLUEP, S. 296.

250 MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 26; N 33 ff. zu Art. 641; SCHLUEP, S. 296.

Das Ergebnis der formellrechtlichen Betrachtungsweise ist - für sich allein genommen - bescheiden und lässt keinerlei Rückschlüsse für den Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts zu. Denn mit der rechtlichen Anerkennung der natürlichen Freiheit in Verbindung mit der Ausschlusspflicht der übrigen Rechtsgenossen ist noch nichts über den **I n h a l t** des subjektiven Rechts ausgesagt. Dazu bedarf es vielmehr - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - einer materiellrechtlichen Betrachtungsweise.

Vorgängig sei jedoch noch kurz zu BUCHER's Auffassung des subjektiven Rechts als "Normsetzungsbefugnis"²⁵¹ Stellung genommen, die auf einem ausschliesslich formellrechtlichen Verständnis beruht.

BUCHER geht von der Prämisse aus, dass die in der Rechtsordnung enthaltenen Normen lediglich Verhaltensvorschriften, Sollenssätze, darstellen, die ihrer formellen Struktur nach den menschlichen Willensinhalten gleich sind. Eine derartige Verhaltensvorschrift ist für denjenigen, an den sie gerichtet ist, stets dann, und nur dann, verbindlich, wenn derjenige, der die Verhaltensvorschrift als "individuell konkreten Sollensatz" ("Befehl"²⁵²) erlässt, durch eine Rechtsnorm dazu ermächtigt ist. Damit ist das subjektive Recht nicht Norm, sondern eine von der Rechtsordnung verliehene "Normsetzungsbefugnis", mithin ein "Delegationssachverhalt"²⁵³, in dem der Wille zur Norm erhoben wird.

Der von BUCHER verstandene Freiheitsraum unterscheidet sich demnach von der hier vertretenen Auffassung in dem Sinne, dass darunter nicht eine Betätigungsfreiheit, sondern die Freiheit, Normen zu erlassen²⁵⁴, verstanden wird.

Die Konsequenzen, die sich aus BUCHER's Auffassung ergeben, sind - um mit SCHLUEP zu reden - geradezu ein "wissenschaftliches Ereignis"²⁵⁵.

251 So der Titel von BUCHER's Abhandlung.

252 BUCHER, S. 49.

253 BUCHER, S. 48.

254 BUCHER, S. 187, 191.

255 SCHLUEP in der Rezension BUCHER's, SJZ 61, S. 382.

Da die Norm erst mit der Willensäußerung (Anspruchserhebung) entsteht, hat dies beispielsweise für die Vertragsbeziehung zweier Parteien zur Folge, dass das Forderungsrecht des Gläubigers erst mit der Anspruchserhebung entsteht, und dass vorher der Schuldner nicht zu leisten verpflichtet ist. Zwischen den Parteien bestehen keine "aktuellen", sondern lediglich "potentielle"²⁵⁶ Pflichten. Damit scheidet aber auch eine Vertragsverletzung solange aus, als bis dass der "potentielle" Gläubiger seinen Anspruch erhoben hat²⁵⁷.

Und was die absoluten Rechte anbelangt, so erschöpft sich nach BUCHER der normative Gehalt der absoluten Rechte in den Unterlassungspflichten, bzw. in der Befugnis des Berechtigten, derartige Unterlassungspflichten zu statuieren, während die "Sachbeherrschung durch den Berechtigten bloss M o t i v für die rechtliche Regelung bzw. deren f a k t i s c h e F o l g e"²⁵⁸ ist. Um nun aber beim Eigentumsrecht ein Auseinanderfallen zwischen dem Zweck des Eigentums und dessen rein normativen Gehalt zu verhindern, statuiert BUCHER einfach die "Vermutung der Ausübung der im subjektiven Recht enthaltenen Normsetzungsbefugnis"²⁵⁹, womit aber doch wohl die Normsetzungsbefugnis überflüssig wird²⁶⁰.

256 BUCHER, S. 192.

257 Diese Auffassung steht nun aber offensichtlich im Widerspruch zum Gesetz. So stellt z.B. die nicht rechtzeitige Erfüllung eine Vertragsverletzung dar, ohne dass der Gläubiger einen Anspruch geltend machen muss; ja, es können unter Umständen sogar Verzugsfolgen eintreten, ohne dass auch nur eine Mahnung ausgesprochen wurde (Art. 108 OR).

258 BUCHER, S. 153.

259 BUCHER, S. 69.

260 Auch LARENZ (Allg. Teil., § 13 I, S. 185 f.) hält dafür, dass die These BUCHER's "nicht überzeugend" und "unhaltbar" ist.

b. Materiellrechtlicher Aspekt

Da die formelle Betrachtungsweise allein ein wenig aussagekräftiges Mittel zur Erfassung der Struktur des subjektiven Rechts ist - werden damit doch nur die Rechte und die Pflichten in bezug auf einen eine Sache, eine Person oder ein Schuldverhältnis betreffenden Sachverhalt erfasst - , bedarf diese rein normlogische und wertneutrale Betrachtungsweise noch der Ergänzung in materieller Hinsicht. Denn verfehlt wäre es, wollte man aus der Einheit der formellen Struktur der subjektiven Rechte auf die Gleichheit ihrer inhaltlichen Ausgestaltung schliessen²⁶¹.

Die materiellrechtliche Seite des subjektiven Rechts gibt darüber Auskunft, w a s den rechtlich anerkannten Freiheitsbereich des Berechtigten ausmacht, damit dieser sagen kann, dass ihm etwas rechtlich g e b ü h r e²⁶². Damit ist ausgedrückt, was LARENZ die "Funktion" des subjektiven Rechts "im Sinngehalt der Privatrechtsordnung"²⁶³ nennt. Das subjektive Recht ist von seiner inhaltlichen Ausgestaltung her ein "offener Begriff oder Rahmenbegriff", "der der Ausfüllung im Blick auf die verschiedenen Arten oder Typen 'subjektiver Rechte' bedarf, die wir im geltenden Recht erkennen"²⁶⁴.

261 Aehnlich spricht MOSER (S. 159) von der "Doppelseitigkeit der subjektiven Rechte" : "Danach kann bei jedem Recht zwischen einer Innen- und einer Aussenwirkung unterschieden werden, wobei die erste als der Kernpunkt des Rechts das individuelle Dürfen näher umschreibt, während die zweite als die Hülle dieses Dürfens den Besitz des Rechts gegen Dritte sichert."

262 SCHLUEP (S. 300) spricht in diesem Zusammenhang von "gewähren".

263 LARENZ, Allg. Teil, § 13 I, S. 183.

264 LARENZ, a.a.O.

3. Zuweisungsgehalt als materielles Strukturelement des subjektiven Rechts

Ohne dass bis dahin rechtliche Kriterien gefunden wären, die eine begriffsmässige Festlegung dessen ermöglichten, was im Rahmen der materiellen Betrachtungsweise als "G e b ü h r e n" bezeichnet wurde, kann doch soviel festgehalten werden, dass mit der Frage nach dem Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts dieses "Gebühren" angesprochen ist.

Nicht anders ist es zu verstehen, wenn VON CAEMMERER davon spricht, dass dem Eigentümer einer Sache das "uti, frui und abuti" zugewiesen sei, und dass derjenige, der eine fremde Sache gebrauche oder nutze, "etwas erlang(e), was nach dem Z u w e i s u n g s g e h a l t d e s E i g e n t u m s dem Eigentümer gebühr(e)"²⁶⁵. Oder wenn RAISER zum gemeinsamen Merkmal der Herrschaftsrechte²⁶⁶ ausführt, "dass

265 VON CAEMMERER, S. 353 (vgl. auch vorne S. 10 ff.).

266 Der Begriff des Herrschaftsrechts wird von der h.L. nicht ganz einheitlich verwendet. So unterteilen SCHOENENBERGER/JAEGGI (N 79 ff. zu Vorbem. von Art. 1) die subjektiven Rechte in Rechte im engeren Sinn und im weiteren Sinn. Zu den Rechten im engeren Sinn (auch Herrschaftsrechte im weiteren Sinn genannt) zählen:

1. Forderungsrechte
2. Herrschaftsrechte (im engeren Sinn):
 - dingliche Rechte
 - Immaterialgüterrechte
 - Persönlichkeitsrechte

3. Verbots- und Beteiligungsrechte

Zu den Rechten im weiteren Sinn zählen die Gestaltungs- oder die Verwaltungsrechte.

Ebenso wie SCHOENENBERGER/JAEGGI auch VON TUHR/PETER, S. 22.

Demgegenüber versteht MEIER-HAYOZ (Syst. Teil, N 235) unter dem Begriff Herrschaftsrecht lediglich die dinglichen Rechte: "Dingliches Recht (oder Sachenrecht im subjektiven Sinn) ist jedes subjektive Recht, welches dem Berechtigten eine mehr oder weniger weitgehende Befugnis zur unmittelbaren Beherrschung einer Sache einräumt ..." Nicht zu den Herrschaftsrechten zählen damit die Forderungsrechte und die Persönlichkeitsrechte.

sie eine herrschaftliche Beziehung einer Person zu einem ausserhalb ihrer gegebenen, werthhaften Objekt, einem sogenannten Rechtsgut, zum Ausdruck bringen, das dieser Person von der Rechtsordnung zugewiesen und in einem, vieler rechtlichen Abstufungen fähigen Sinne zum Haben und Nutzen in ihrer Verfügungsgewalt gegeben (sei)"²⁶⁷.

Sowohl VON CAEMMERER wie RAISER nehmen damit eine - wenn auch nur für die dinglichen Rechte geltende - Umschreibung des Zuweisungsgehalts eines subjektiven Rechts vor. Inwieweit sich diese Umschreibung auch auf andere - nicht dingliche Rechte - anwenden lässt, soll nachfolgend anhand einer typologischen Betrachtungsweise untersucht werden.

267 RAISER, S. 129/130.

B. Typologie der Zuweisungsgehalte zur Bestimmung des bereicherungsrechtlichen Anwendungsgebietes

1. Absolute Rechte ²⁶⁸

a. Dingliche Rechte

Das Eigentumsrecht ist das umfassendste dingliche Recht. Es räumt dem Berechtigten eine vollständige - tatsächliche wie rechtliche - Herrschaft über eine Sache ein (Art. 641 ZGB)²⁶⁹. Für die hier interessierende Frage des Zuweisungsgehalts des Eigentumsrechts ist von der Freiheitsvermutung des Eigentums auszugehen²⁷⁰. Dem Eigentümer zugewiesen ist damit jedwelches Haben und Nutzen, sofern sich nicht eine Beschränkung entweder aus der objektiven Rechtsordnung²⁷¹ oder - im Sinne einer Selbstbeschränkung - aus einer privaten Vereinbarung ergibt. Zuweisungs- widrig erlangt ist damit beispielsweise der Gebrauch, der Nutzen oder der Verbrauch einer fremden Sache, und zwar unabhängig davon, ob dem Eigentümer dadurch ein Schaden entsteht. Zuweisungs- widrig erlangt ist aber auch die Inbesitznahme von gekauftem Diebesgut, da der Kaufvertrag nicht im Sinne einer Selbstbeschränkung dem Eigentümer zugeordnet werden kann²⁷².

268 Die nun folgende Einteilung ist wohl begrifflicher Art, da sie aber auf formallogischen Unterscheidungskriterien beruht, steht sie der wertungsorientierten Typologie nicht im Wege.

269 Die in Art. 641 ZGB genannte Verfügungsbefugnis ist in untechnischer Weise zu verstehen. Dazu MEIER-HAYOZ, N 25 ff. zu Art. 641 ZGB.

270 Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 348 f.

271 Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 339 ff.
Keine solchen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen stellen aber z.B. der Gutgläubenserwerb (Art. 933 ZGB) oder die Akzession (Art. 671, 727 ZGB) oder die Spezifikation (Art. 726 ZGB) dar. Sie sind vielmehr Erlöschungsgründe, bzw. durch sie entsteht neu originäres Eigentum. Dabei ist diesen Vorschriften selbst zu entnehmen, ob und inwieweit sie eine Ausgleichspflicht vorsehen.

272 Ausführlicher hinten S. 137 ff.

Für das Bereicherungsrecht von ungleich geringerer Bedeutung sind die beschränkten dinglichen Rechte. Je nach der inhaltlichen Ausgestaltung dieser Rechte umfasst der Zuweisungsgehalt entweder das Haben (so in der Regel beim Faustpfand bis zur Verwertung) oder das Gebrauchen und Nutzen (so bei den affirmativen²⁷³ Dienstbarkeiten)²⁷⁴.

Aus dem Prinzip der Elastizität des Eigentums²⁷⁵ ergibt sich nun, dass immer dann, wenn die gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts ungültig ist, oder wenn der Berechtigte seine ihm eingeräumte Befugnis überschritten hat, sich die Zuweisungswidrigkeit nicht aus dem beschränkten dinglichen Recht - deshalb auch die geringe bereicherungsrechtliche Bedeutung dieser Rechte -, sondern vielmehr aus dem Eigentumsrecht selbst ergibt. Ist beispielsweise der Vertrag, der dem Nachbar ein Fusswegrecht einräumt, ungültig, oder überschreitet der Nachbar sein ihm eingeräumtes Fusswegrecht, indem er es in ein Fahrwegrecht "umwandelt", so ergibt sich die Zuweisungswidrigkeit in beiden Fällen aus dem dem Eigentümer zugewiesenen "Haben des Grundstücks"; in beiden Fällen hat der Nachbar etwas - diesfalls einen Gebrauchsvorteil - erlangt, das ihm nicht gebührt, weil die Servitut nicht bestand bzw. überschritten wurde.

273 Vgl. dazu PIOTET (SPR V, S. 545).

Keinen Zuweisungsgehalt weisen dagegen die negativen Servituten auf, die sich lediglich in einer Unterlassungspflicht des Belasteten erschöpfen (so z.B. die Pflicht nicht höher zu bauen).

274 Für die Grundlasten und die Realobligationen gelten bezüglich der Ermittlung des Zuweisungsgehaltes die Regeln über die relativen Rechte (dazu hinten S.97ff.). Wegen deren praktischen Bedeutungslosigkeit für das Bereicherungsrecht, wird nicht näher darauf eingetreten.

275 Da bei der Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts das Eigentum formalrechtlich beim Eigentümer verbleibt - dieser sich nur einer inhaltlichen Beschränkung unterwirft - , hat jedes Dahinfallen der Beschränkung die automatische Ausdehnung des Eigentums auf seinen vollumfänglichen Inhalt zur Folge. Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N 364 ff.

Eine aus dem beschränkten dinglichen Recht sich ableitende Zuweisungswidrigkeit kann nun dann entstehen, wenn der belastete Eigentümer selbst, oder aber ein Dritter - und darin äussert sich die Dinglichkeit dieser Rechte - in das dem Berechtigten zugewiesene Haben und Nutzen eingreift.

Damit der belastete Eigentümer selbst gegenüber dem beschränkt dinglich Berechtigten etwas in zuweisungswidriger Weise erlangen kann, setzt dies voraus, einerseits, dass dem Berechtigten ein gegenüber dem Eigentümer ausschliessliches Haben und Nutzen zugewiesen ist (was z.B. bei einem Wegrecht in der Regel nicht der Fall sein wird), andererseits aber auch, dass es sich entweder um ein Pfandrecht oder um eine affirmative Servitut handelt, da nur diese dem Berechtigten ein Haben und Nutzen zuweisen und sich nicht nur in einem Unterlassungsanspruch erschöpfen²⁷⁶.

Nichts anderes hat für den Dritten zu gelten, der in ein dem beschränkt dinglich Berechtigten zugewiesenes Haben und Nutzen eingreift. Dadurch entsteht ein Bereicherungsanspruch grundsätzlich des beschränkt dinglich Berechtigten gegen den unbefugten Dritten, ausnahmsweise jedoch nur des Eigentümers gegen den Dritten. Letzteres ist stets dann der Fall, wenn die im beschränkten dinglichen Recht enthaltene Zuweisung höchstpersönlicher Natur und damit unübertragbar ist. Diesfalls bedeutet jedes von einem unbefugten Dritten ausgeübte Haben und Nutzen eine Ueberschreitung der im beschränkten dinglichen Recht enthaltenen

276 Verpflichtet sich z.B. der Eigentümer eines Grundstücks nicht höher zu bauen, und baut er dann trotzdem höher, so steht dem servitutsberechtigten Nachbarn wohl ein Unterlassungsanspruch und ein vertraglicher Schadenersatzanspruch zu, nicht aber ein Bereicherungsanspruch, da der Servitutsbelastete durch die Verletzung nichts erlangt hat, was dem Servitutsberechtigten zum Haben und Nutzen zugewiesen wäre. - Anders dagegen SCHAUFELBERGER (S. 182, vgl. vorne S. 41), der den durch das Höherbauen erzielten Mehrgewinn dem Servitutsberechtigten zuspricht, da bei ihm jede Vertragsverletzung als Eingriff in eine fremde Rechtssphäre einen Bereicherungsanspruch auslöst (SCHAUFELBERGER, S. 144).

Zuweisung, so dass dasjenige, was der Dritte erlangt, im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts steht. Eine solche Unübertragbarkeit ist z.B. in Art. 777 I und II ZGB für das Wohnrecht gesetzlich vorgesehen. Bewohnt z.B. ein Dritter eine dem Servitutsberechtigten zugewiesene Wohnung, so ist der dadurch erzielte Gebrauchsvorteil im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Wohnungseigentümers - und nicht des Servitutsberechtigten - erlangt²⁷⁷.

b. Immaterialgüterrechte

Zu den Immaterialgütern zählen alle geistigen Güter, unabhängig davon, ob sie in irgendeiner Form körperlich fixiert sind. So ist z.B. die Melodie immaterielles Gut - geistiges Sein - , auch wenn sie nicht in einer Partitur oder Tonaufnahme festgehalten ist. Die Immaterialgüter sind auch unabhängig von Zeit und Ort; sie sind mithin *p o t e n t i e l l u b i q u i t ä r e* G ü t e r. Geschützt werden sie aber nur dann, wenn und solange sie von der Rechtsordnung ausdrücklich einem bestimmten Rechtssubjekt - in der Regel demjenigen, der sie hervorgebracht hat - zum ausschliesslichen Haben und Nutzen zugewiesen sind (numerus clausus der Immaterialgüterrechte)²⁷⁸.

277 Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so ist mittels Auslegung des die Dienstbarkeit einräumenden Vertrags zu ermitteln, inwieweit das Haben und Nutzen übertragbar ist. Letzteres ist häufig dann der Fall, wenn die Dienstbarkeit nicht durch die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt werden. (Vgl. z.B. für die Nutzniessung Art. 758 I ZGB). Weiterführend: PIOTET, SPR V, 590 f.

278 Rechtlich geschützte Immaterialgüter sind Werke der Literatur, Musik und Kunst, Erfindungen, Muster und Modelle und Marken; nicht aber Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse oder Anweisungen an den menschlichen Geist (z.B. Computerprogramme). Weiterführend: A. TROLLER, Bde I und II.

Im Gegensatz zum materiellen Gut, dessen Schutz durch die Zuweisung der konkreten Sache vorgegeben ist und auch nicht über diese Sache hinausreichen kann, vermittelt der immaterialgüterrechtliche Schutz einen über die konkrete Sache hinausreichenden Schutz; m.a.W. der Zuweisungsgehalt erschöpft sich nicht nur im Haben und Nutzen der konkreten, das immaterielle Gut repräsentierenden Sache, sondern geht darüber hinaus. So widerspricht es beispielsweise nicht dem Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts, wenn eine Sache vervielfältigt wird. Anders ist dagegen zu entscheiden unter dem Gesichtspunkt des immaterialgüterrechtlichen Schutzes, wo gerade und insbesondere die Befugnis der Vervielfältigung dem Rechtsinhaber ausschliesslich vorbehalten ist ²⁷⁹.

Inwieweit den Immaterialgüterrechten ein Zuweisungsgehalt zukommt, ist - im Gegensatz zum Eigentumsrecht, wo der Zuweisungsgehalt infolge der Freiheitsvermutung ein umfassendes Haben und Nutzen gewährt - stets den die Immaterialgüter regelnden Spezialgesetzen zu entnehmen. Sie allein bestimmen, welche Befugnisse dem Rechtsinhaber ausschliesslich - also absolut - vorbehalten sind.

Nach der hier vertretenen Ansicht wird damit jene Meinung abgelehnt, die den Immaterialgüterrechten eine positive Seite unter Hinweis darauf abspricht, dass die immaterialgüterrechtliche Begünstigung lediglich eine Reflexwirkung der Drittpflicht sei ²⁸⁰. Dem lässt sich nämlich entgegenhalten, dass auch beim unechten Vertrag zugunsten eines Dritten die Begünstigung eine Reflexwirkung der Drittpflicht ist, ohne dass damit aber dem Begünstigten ein den Immaterialgüterrechten vergleichbarer Anspruch zustünde. Desweitem müsste es fraglich erscheinen, inwieweit sich beispielsweise im Patentrecht Rechtsinstitute wie die Enteignung (Art. 32 PatG), der Ausführungszwang (Art. 37 PatG), die

279 Vgl. Art. 12 Ziff. 1 i.V. Art. 13 URG. Zulässig ist dagegen eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch (Art. 22 URG). Dem entspricht im Patentrecht die Zulässigkeit der nichtgewerbsmässigen Nutzung einer Erfindung (Art. 8 PatG).

280 A. TROLLER, Bd. I S. 76.

Lizenzerteilung (Art. 34 PatG)²⁸¹ oder - aus dem Bereich des Urheberrechts - das Rechtsinstitut der Rechtsnachfolge (Art. 9 URG) aus der Reflexwirkung ableiten liessen.

Unzulässig ist es deshalb, die Immaterialgüterrechte rein negativ in dem Sinne aufzufassen, dass sie dem Begünstigten nur das Recht verleihen, andere davon auszuschliessen. Vielmehr weisen auch die Immaterialgüterrechte²⁸² einen - im Unterschied zum Eigentumsrecht allerdings verschiedenen, teilweise erweiterten, gesamthaft gewertet jedoch reduzierten²⁸³ - Zuweisungsgehalt auf²⁸⁴.

281 Vgl. BLUM/PEDRAZZINI, Bd. I, S. 382.

282 Dies gilt ebenfalls für das Markenrecht, das heute in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung als subjektives Recht anerkannt ist (statt vieler: P. TROLLER, Marken, S. 50, m.w.N. und BGE 78 II 170 ("Lux")). A.M. SCHLUEP, (S. 325 ff. und 363 ff.), der das Markenrecht grundsätzlich als Persönlichkeitsrecht qualifiziert und nur bei "eigenwertigen" Marken ein Doppelrecht ("Zwillingsrecht") anerkennt.

Für die hier interessierende Frage nach dem Zuweisungsgehalt des Markenrechts ist von Art. 24 MSchG auszugehen, der den Inhalt mittelbar in dem Sinne umschreibt, dass er die einzelnen rechtsverletzenden Handlungen aufführt (so z.B. in lit. b dieser Bestimmung, das Verbot, die Marke eines anderen zu verwenden). Zutreffend halten A. TROLLER/P. TROLLER fest: "Das Recht an der Marke verleiht dem Inhaber die ausschliessliche Herrschaft zur Kennzeichnung der Warenkategorien, die im Register als zugehörig angeführt sind und für die die Marke gebraucht wird ... Der Herrschaftsbereich entspricht dem Wesen der Marke als Warensymbol, als Kennzeichen für bestimmte Arten von Waren" (a.a.O.S. 117). Der sog. markenmässige Gebrauch - d.i. die Benutzung der Marke für bestimmte Warenklassen - und daran anknüpfend die Pflicht, Uebertragung und Lizenzierung der Marke nur für gleiche Warenklassen vorzunehmen, schützen der Funktion nach - sog. Individualisierungsfunktion - wohl die Abnehmer vor Täuschung, stehen deswegen aber einer Bejahung des Zuweisungsgehaltes keineswegs im Wege. Wenn auch der positive Inhalt beim Markenrecht noch mehr Beschränkungen unterworfen ist als dies bei den übrigen Immaterialgüterrechten der Fall ist, so steht dem Markeninhaber - im Rahmen der Befolgung der markenrechtlich gesetzten Schranken - doch ein Bereich des markenmässigen Habens und Nutzens zu. A.M. aber offenbar das Bundesgericht, wenn es in BGE 105 II 53 festhält, dass Art. 24 MSchG den Markeninhaber "nur gegen Handlungen (schütze), durch die das Publikum über die Herkunft eines Erzeug-

c. Persönlichkeitsrecht

In der Literatur wird das Persönlichkeitsrecht teilweise unterschiedslos neben den dinglichen Rechten zu den Herrschaftsrechten gezählt²⁸⁵. Dann ist aber auch die gegenteilige Ansicht vertreten, die den Herrschaftscharakter des Persönlichkeitsrechts unter Hinweis auf dessen reine Ausschlussfunktion verneint, da es "nicht um die Zuweisung bestimmter, ausserhalb der Person liegender Rechtsgüter an die Person zum Haben und Nutzen"²⁸⁶ gehe. Desweiteren findet sich auch die Kombination der soeben erwähnten Ansichten in dem Sinne, als dass das Persönlichkeitsrecht als "Ausschlussrecht" bzw. "Schutzposition" bezeichnet, gleichzeitig aber auch als "Herrschaftsrecht" anerkannt wird, letzteres jedoch mit der Einschränkung, dass "am zugeordneten Gut

282 (forts.) nisses getäuscht" werde. Denn aufgrund dieser Formulierung könnte dem Markenrecht ein Zuweisungsgehalt nicht zugesprochen werden.

Ebenso wie hier bejahen für das deutsche Markenrecht einen Zuweisungsgehalt: VON CAEMMERER, S. 399; FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 280; verneinend: MESTMAECKER, S. 525; vgl. auch hinten FN 358.

283 Vor allem in Hinblick auf die zeitlichen und territorialen Schranken des immaterialgüterrechtlichen Schutzes.

284 Im Gegensatz zu A. TROLLER (a.a.O.) halten auch BLUM/PEDRAZZINI (Bd. I S. 380 ff.) dafür, dass den Immaterialgüterrechten ein positiver Inhalt zukomme. Ebenso für das deutsche Recht: LARENZ, Allg. Teil, § 13 II S. 190; VON CAEMMERER, S. 398; RAISER (mit Ausnahme des Markenrechts), S. 134; KRASSER, GRUR Int. 1980, S. 259.

285 VON TUHR/PETER, S. 23. Zum Begriff des Herrschaftsrechts, vgl. vorne FN 266.

286 RAISER, S. 142.

der Person nicht ein eigentliches Haben und Nutzen"²⁸⁷ möglich sei ²⁸⁸ .

Ohne dass der Eindruck begrifflicher Akribie entstehen soll, sei dazu doch folgendes vermerkt: Zunächst einmal ist der Begriff "Herrschaftsrecht" ein wenig geeigneter Ausdruck für die Umschreibung des subjektiven Rechts, insbesondere aber des Persönlichkeitsrechts.

Wie bereits festgehalten, regelt die Rechtsordnung das Verhältnis der Menschen untereinander in dem Sinne, dass sie die natürliche Freiheit eines jeden Menschen anerkennt und Dritte - unter Androhung von Sanktion - von diesem Freiheitsbereich ausschliesst. Diese rechtliche Anerkennung der natürlichen Freiheit erfolgt dabei stets inbezug auf eine Sache, eine Person oder ein Schuldverhältnis. Wenn nun beispielsweise beim Eigentum der Wesenskern darin erblickt wird, dass dem Eigentümer Herrschaftsmacht über eine Sache gewährt wird²⁸⁹, so mag dies - als Ausfluss einer funktionalen Betrachtungsweise - noch angehen, sofern man sich bewusst bleibt, dass damit die rechtliche Anerkennung der eigenen Beziehung zur Sache gegenüber Dritten gemeint ist, dass es - wie HUBMANN zutreffend sagt - um ein "Verhältnis von Person zu Person in bezug auf eine Sache"²⁹⁰ geht.

Diese - die sog. Herrschaftsmacht ausmachende - stets irgendwie geartete, direkte Einwirkungsmöglichkeit des Berechtigten auf eine Sache²⁹¹ fehlt nun aber sowohl beim Persönlichkeitsrecht wie auch beim Forde-

287 SCHAUFELBERGER, S. 135 f. (Vorne S. 36 f.).

288 Aehnlich auch KUMMER (S. 98), wenn er festhält, dass es nie gelingen werde, das Persönlichkeitsrecht "entweder ausschliesslich dem objektiven Recht oder ausschliesslich den subjektiven Rechten zuzuordnen". "Nach Massgabe ihrer im Einzelfall weitgehend dem Berechtigten überlassenen Durchsetzung sind sie subjektivrechtlicher Natur; über sie zu verfügen, vermag der Berechtigte jedoch nicht, und insoweit sind sie objektiven Rechts."

289 Statt vieler: MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 238.

290 HUBMANN, S. 120.

291 MEIER-HAYOZ, a.a.O.

rungsrecht, obwohl letzteres unbestrittenermassen als subjektives Recht anerkannt ist. Weder kann von einer Herrschaft im Sinne der Einwirkungsmöglichkeit über die eigene Person, noch kann von einem Zugriff auf die Person des Schuldners²⁹² gesprochen werden²⁹³.

Enthält der Begriff "Herrschaftsrecht" - sofern man diesen Begriff überhaupt beibehalten will²⁹⁴ - nicht alle die subjektiven Rechte ausmachenden Begriffsmerkmale, so kann der Ausschluss des Persönlichkeitsrechts von den Herrschaftsrechten nicht auch dessen Ausschluss von den subjektiven Rechten zur Folge haben. Als massgebliche Beurteilungsgrundlage für die Qualifikation als subjektives Recht muss vielmehr die eingangs erläuterte Struktur des subjektiven Rechts in dessen materiell- wie formellrechtlichen Aspekt herangezogen werden²⁹⁵.

Geht man von der rechtlichen Anerkennung der natürlichen Freiheit unter gleichzeitigem Ausschluss Dritter aus, so zählt das Persönlichkeitsrecht - vom formellrechtlichen Standpunkt aus betrachtet - zweifellos zu den subjektiven Rechten.

Was nun aber die materiell-strukturierte Seite dieses Rechts anbelangt, so stellt sich hier die Frage, ob das Persönlichkeitsrecht überhaupt einen positiven Inhalt aufweist, und ob dieser Inhalt dergestalt ist, als dass sich davon sagen liesse, er sei einer Person zum Haben und Nutzen zugewiesen.

292 Anders noch die frühgeschichtliche Zugriffsgewalt im vorklassischen römischen Recht; vgl. KASER, Römisches Privatrecht, S. 130.

293 Und versteht man unter "Herrschaftsmacht" die Klagebefugnis, so hat dies wiederum die unzulässige Gleichsetzung von subjektivem Recht und Anspruch zur Folge (vgl. vorne bei BUCHER, S. 78 f.)

294 An sich sollte der Begriff des Herrschaftsrechts überhaupt nicht mehr verwendet werden, oder aber wenigstens mit MEIER-HAYOZ (a.a.O.) auf die Sachherrschaft bei den dinglichen Rechten beschränkt bleiben. Gl.M. LARENZ, § 13 I, S. 184; HUBMANN, S. 120.

295 Vgl. vorne S. 77 ff.

Die Beantwortung dieser Frage lässt sich am besten mit LARENZ vornehmen, der dazu festhält, dass dasjenige, was der eigenen Person um ihrer selbst willen zukomme, was ihr mithin gebühre, "Recht auf Achtung (sei), d.h. auf Anerkennung und Nichtverletzung der Person in der ihr eigentümlichen 'Würde' und in ihrer leiblich-seelischen Existenz, ihrem Dasein und Sosein. Das durch sie geschützte 'Gut' ist, ganz allgemein gesagt, das Selbstsein der Person"²⁹⁶. Damit ist nicht nur der Inhalt des Persönlichkeitsrechts umschrieben, sondern zugleich auch die Frage nach dem Zuweisungsgehalt beantwortet: Nicht die Zuweisung der eigenen Person zum Haben und Nutzen, sondern ihr "Dasein" und "Sosein" ist Inhalt des Persönlichkeitsrechts. Das Persönlichkeitsgut ist mithin ein untrennbar mit der Person verbundenes, ja geradezu ein sie selbst ausmachendes Gut²⁹⁷.

Das Fehlen eines Zuweisungsgehaltes hat zur Folge, dass ein Bereicherungsanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen ausgeschlossen ist. Denn das, was mit der Person untrennbar verbunden ist, kann logischerweise nicht von einer andern Person in ungerechtfertigter Weise

296 LARENZ, Allg. Teil, § 13 II, S. 187. Aehnlich HUBMANN, S. 120.

297 Aehnlich HOTZ (S. 18), wenn er festhält, dass "der Mensch diese Persönlichkeitsgüter im strengen Sinne nicht 'hat', sondern 'ist' ...".
Wenn die Persönlichkeitsrechte oft als "reine Ausschlussrechte" oder als "Bündel von Schutzpositionen" bezeichnet werden (so z.B. ESSER, S. 365), so spricht an sich - insbesondere unter dem Gesichtspunkt der stärker ausgeprägten formellstrukturierten Seite dieser Rechte - nichts gegen eine solche Bezeichnung, sofern man darunter nicht nur "Verbietungsrechte" mit "rein negativem Inhalt" (so aber TRACHSLER, S. 60), also nicht nur Verhaltensnormen, versteht. Denn die Persönlichkeitsrechte haben einen positiven Inhalt, nur ist er nicht dergestalt, als dass sich von ihm sagen liesse, er sei zum Haben und Nutzen zugewiesen.

erlangt werden. Die in ihrer Persönlichkeit verletzte Person bleibt damit auf die Geltendmachung eines Unterlassungs-, Beseitigungs-, Schadenersatz- und allenfalls Genugtuungsanspruchs beschränkt ²⁹⁸.

298 Ebenso die deutsche h.L.: LARENZ, SchR II, § 68 II, S. 534; ESSER, § 104 II, S. 365; FIKENTSCHER, § 99 IV 1, S. 593; VON CAEMMERER, S. 396; RAISER, S. 143; MESTMAECKER, S. 521; etwas weiter geht SCHLECHTRIEM, der in Ableitung des Rechts am eigenen Bild – ein nur für das deutsche Recht geltender, spezialrechtlich geregelter Tatbestand (§§ 22 ff. KunstUrhG) – einen Zuweisungsgehalt auch dann bejaht, wenn es sich beim Persönlichkeitsrecht um urheberrechtsähnliche oder eigentumsähnliche Positionen handle (S. 454), wie z.B. die Verwertung illegaler Tonbandaufnahmen (S. 456). Abzulehnen sei aber die Zuerkennung eines Bereicherungsanspruchs sofern "nur" eine Persönlichkeitsverletzung vorliege (S. 460).

Für die Schweiz lässt sich daraus jedoch nichts ableiten; so kennt unsere Rechtsordnung kein spezialrechtlich geregeltes Recht am eigenen Bild, das – wie § 22 des deutschen KunstUrhG – die Befugnis umfasst, die Verbreitung oder die öffentliche Zurschaustellung des eigenen Bildes zu untersagen, sofern der Abgebildete nicht darin eingewilligt hat. Art. 29 des schweizerischen URG schützt lediglich das bestellte Personenbildnis, so dass nur bei Verletzung von Art. 29 URG ein Bereicherungsausgleich möglich ist (vgl. hinten S. 129). Wenn daher SCHAUFELBERGER (S. 118 f.) – zum Beleg dafür, dass in Deutschland Bereicherungsansprüche bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen gewährt werden – Entscheide wie den "Herrenreiter-Fall" oder den "Paul-Dahlke-Fall" anführt, so hätte er doch darauf hinweisen müssen, dass sich diese Entscheide stets auch auf § 22 KunstUrhG abstützten. Diese Norm weist aber sehr wohl einen Zuweisungsgehalt auf, so dass sich für Deutschland ein Bereicherungsanspruch bei der Verletzung des Rechts am eigenen Bild durchaus rechtfertigt. Aus Art. 28 ZGB lässt sich dagegen kein Zuweisungsgehalt ableiten.

Einen Bereicherungsanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen bejahen dagegen die Vertreter der Widerrechtlichkeitstheorie: JAKOBS, S. 104; ebenso SCHAUFELBERGER (S. 135 f., 239 ff.), der insbesondere auch bei den sog. Enthüllungsberichten der Boulevardpresse einen aufgrund der Auflagensteigerung ermittelten Gewinnherausgabeanspruch an den Verletzten befürwortet (S. 241). (Angewandt auf die Praxis hätte dies wohl eine Flut von Prozessen zwischen mehr oder weniger prominenten Stars und "Sternchen" zur Folge, die die Auflagensteigerung auf ihre Lebensgeschichte zurückgeführt wissen möchten.)

d. Wettbewerbsrecht

Nach heute allgemein herrschender Auffassung schafft das Wettbewerbsrecht keine absolut subjektiven Rechte²⁹⁹, sondern enthält lediglich V e r h a l t e n s v o r s c h r i f t e n, um den "Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen" (Art. 1 I UWG)

299 Vor dem Erlass des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb stellten Wettbewerbsverstösse Verletzungen der wirtschaftlichen Persönlichkeit dar (aArt. 48 OR als lex specialis zu Art. 28 ZGB; vgl. BGE 52 II 354). Dieses am Persönlichkeitsrecht ausgerichtete Wettbewerbsverständnis war in zweifacher Weise ungeeignet: Einmal barg es - infolge des absoluten Charakters der Persönlichkeitsrechte - die Gefahr in sich, dass daraus neue Exklusivrechte abgeleitet würden; zum andern liessen sich nicht alle Formen unlauteren Verhaltens auf die Persönlichkeitsrechtsverletzungen zurückführen, ohne dass dies nicht zu einer Ausweitung des Begriffs der Persönlichkeitsrechte geführt hätte. (Vgl. dazu GERMANN, Unlauterer Wettbewerb, S. 238 ff.).

Im Bewusstsein dieser Unzulänglichkeiten wurde beim Erlass des UWG (30. Sept. 1943) ausdrücklich die Ielsetzung des wirtschaftlichen Persönlichkeitsschutzes zugunsten der "Sicherung des freien Leistungswettbewerbs" fallen gelassen (GERMANN, a.a.O. S. 255). Anknüpfungspunkt wurde damit der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB).

A.M. KUMMER (S. 87), der dafürhält, dass das Wettbewerbsrecht ein eigentliches subjektives Recht an der Wettbewerbsstellung schaffe; Schutzgut sei das Recht an der Wettbewerbsstellung. Dem hält A. TROLLER (Bd. II, S. 1032 FN 105) mit Recht entgegen, dass das Recht an der Wettbewerbsstellung kein geschütztes Rechtsgut sei, da das Objekt der Wettbewerbsstellung in 90% aller Fälle verletzt werden dürfe, und nur in den seltenen, im Gesetz genau umschriebenen Fällen gegen Angriffe geschützt sei; damit gelange man aber zum System der Deliktsnormen.

zu verhindern. Das Wettbewerbsrecht ist "reines Deliktsrecht"³⁰⁰. Die unlautere Wettbewerbshandlung ist eine unerlaubte Handlung, wobei die Rechtswidrigkeit darin zu erblicken ist, dass die jedem Wettbewerbsteilnehmer zustehende Wettbewerbsfreiheit auf unlautere Weise missbraucht wird³⁰¹. Anders als bei der Gewährung subjektiver Rechte steht nicht das Rechtssubjekt mit seinem ihm zum Zwecke der Selbstverwirklichung rechtlich anerkannten Freiheitsbereich im Zentrum der Betrachtung, sondern die Rechtsbeziehung der Mitbewerber zueinander in bezug auf ihr Verhalten im Wettbewerb ist Gegenstand der Regelung. Ziel des Wettbewerbsrechts ist es, die Interessen der Mitbewerber, der übrigen Marktbeteiligten und der Kunden, sowie der Allgemeinheit³⁰² an einem freien, lauterem Wettbewerb zu wahren. Zentrales Schutzobjekt ist nicht ein individuelles, subjektives Recht oder Rechtsgut, sondern die wettbewerbsrechtliche Gesamtordnung³⁰³ unter dem Aspekt der Lauterkeit, weshalb auch etwa von der "sozialrechtlichen" Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts gesprochen wird³⁰⁴.

Da Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs ein subjektives Recht mit Zuweisungsgehalt ist, das Wettbewerbsrecht aber mit Art. 2 ZGB unmittelbar an eine Verhaltensmaxime anknüpft, ist ein Bereicherungsanspruch bei Wettbewerbsverstößen ausgeschlossen³⁰⁵.

300 A. TROLLER, Bd. II, S. 1029. Ausdrückliche Gleichstellung von Unlauterkeit und Widerrechtlichkeit nun auch in Art. 1 VE UWG (Stand: Frühjahrsbericht 1980).

301 Vgl. BGE 83 II 155; 102 II 43.

302 Dem Schutz der Allgemeinheit dient z.B. das Verbot irreführender Preisbekanntgaben, Art. 20 lit.c UWG (in Kraft seit 1.1.1979).

303 Bezeichnend dafür, die in Art. 2 UWG statuierte Klagebefugnis der Kunden sowie der Berufs- und Wirtschaftsverbände (vgl. BGE 93 II 135).

304 BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg. Grundlagen, Rdn 52 ff.

305 Gl.M. VON CAEMMERER, S. 396 f.; RAISER, S. 133; MESTMAECKER, S. 521; DAEUBLER, JUS 1969, S. 52; STEINDORFF, AcP 158, S. 458. A.M. SCHAUFELBERGER, S. 169 ff., 236 ff.

Dennoch wird teilweise versucht in denjenigen Fällen, in denen die Reflexwirkung der objektiven Verhaltensnorm im Endeffekt für den Einzelnen eine Exklusivstellung schafft - wie z.B. bei den Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen - ein subjektives Recht anzunehmen³⁰⁶. Dem ist nun aber entgegenzuhalten, dass die Anerkennung subjektiver Rechte durch den Zweck der Institution begrenzt ist. Als fragwürdig muss es deshalb erscheinen, durch Auslegung der e i n z e l n e n die Unlauterkeit regelnden Tatbestände subjektive Rechte anzunehmen, obwohl das Wettbewerbsrecht in seiner G e s a m tkonzeption objektive Verhaltensnorm sein will³⁰⁷. So ist denn beispielsweise die Verwertung eines Fabrikationsgeheimnisses nur insoweit verboten, als es auf unlautere Weise in Kenntnis gebracht wurde. Anknüpfungspunkt ist damit nicht das Fabrikationsgeheimnis, sondern die widerrechtliche - da unlautere - Handlungsweise. Abgesehen davon, hätte die Anerkennung einzelner Wettbewerbsnormen als subjektive Rechte zur Folge, dass diejenigen Immaterialgüter, die den spezialgesetzlichen Anforderungen nicht zu genügen vermöchten - wie z.B. die urheberrechtlich nicht schutzfähigen Computerprogramme - auf diese Weise doch noch zu einem

306 MOSER, S. 161, 163; und in SJZ 42, S. 1 ff., 17 ff. (insbes.S.20).

307 Vgl. auch SCHAUFELBERGER, der dafürhält, dass die "unlautere Wettbewerbshandlung als solche nicht ein subjektives Recht" verletze (S. 174), dass aber die Schädigung der Mitkonkurrenten - als "Reflex" des eigenen Vorteils - eine Beeinträchtigung der Rechtssphäre des Betroffenen sei, wenn dieser "dadurch materiellen Schaden erleid(e) oder in seinen subjektiven Rechten, insbesondere in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt" werde (S. 176/177).

Es kann SCHAUFELBERGER der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass er - zur Begründung einer wettbewerbsrechtlichen Gewinnherausgabe - eine zweifache Anknüpfung postuliert: einerseits der Schaden, andererseits die Verletzung eines subjektiven Rechts. Mit der Schadensvoraussetzung wird nicht nur eine Sonderstellung gegenüber den übrigen Eingriffskonditionen, deren Beeinträchtigung regelmässig im widerrechtlichen Eingriff liegt, begründet, sondern gleichzeitig eine Voraussetzung gewählt, deren Untauglichkeit SCHAUFELBERGER so sehr nachzuweisen bemüht war, wenn er der traditionellen Lehre eine schadensorientierte Denkweise

allumfassenden, absoluten Schutz gelangen könnten. Folge davon wäre die Einführung neuer Exklusivrechte und - damit notwendigerweise verbunden - die Absage des im Immaterialgüterrecht geltenden *numerus clausus*.

Wenn das Wettbewerbsrecht auch keine Quelle subjektiver Rechte darstellt, so kann - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - ein gewisser, wenn auch nicht absoluter, so doch wenigstens relativer Schutz dadurch erreicht werden, dass eine faktische Exklusivstellung zum Gegenstand einer relativen Zuweisung gemacht wird.

2. Relative Rechte

a. Absolute und relative Rechte

Im Unterschied zu den absoluten Rechten, die das Verhältnis des Berechtigten in bezug auf eine Sache oder eine Person gegenüber *a l l e n a n d e r n* regeln, ordnen die relativen Rechte das Verhältnis der einen Person (des Berechtigten) gegenüber einer *b e s t i m m t e n a n d e r n* Person (des Verpflichteten) in bezug auf eine von ihnen getroffene Vereinbarung.

Für die hier interessierende Frage des Zuweisungsgehalts macht es nun aber keinen Unterschied, ob sich der Zuweisungsgehalt aus der Rechtsordnung - so bei den absoluten Rechten - oder aus einer privaten Vereinbarung - so bei den relativen Rechten - ergibt. Denn ob dasjenige, was einer Person zugewiesen ist, ihr gegenüber allen andern, oder aber nur gegenüber einer bestimmten andern Person zugewiesen ist, kann als rein *q u a n t i t a t i v e r* Unterschied nicht ausschlaggebend dafür sein, dass den relativen Rechten kein Zuweisungsgehalt zukommen soll, denn dies hätte eine Gleichsetzung des Zuweisungsgehalts

307 vorwarf. Vgl. auch vorne S. 57. Weitergehend als MOSER (a.a.O.) - der aber eine Gewinnherausgabe im Zusammenhang mit Art. 423 OR befürwortet - bejaht SCHAUFELBERGER damit eine Gewinnherausgabe auch bei "Boykott, Anschwärzung oder Schwindelreklame" (S. 178).

mit der Absolutheit eines Rechts zur Folge³⁰⁸.

Dieser rein quantitative Unterschied wirkt sich vielmehr bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes in dem Sinne aus, dass er bei den relativen Rechten - mit Ausnahme der Forderungsrechte (Art. 167 OR)³⁰⁹ - nur gegenüber dem obligatorisch Verpflichteten, nicht aber auch gegenüber Dritten gewährt wird. Denn ausgeschlossen ist es, durch Vertrag eine gegenüber allen andern wirksame, absolute Zuweisung zu schaffen, da dies einem Vertrag zu Lasten Dritter gleichkäme. Vielmehr muss die absolute Zuweisung stets und ausschliesslich auf Gesetz beruhen.

b. Allgemein geringe praktische Bedeutung der relativen Zuweisung

Aus der schwachen Schutzwirkung der relativen Rechte ergibt sich, dass ein Bereicherungsanspruch nur in jenen seltenen Fällen vorkommen kann, in denen der Schuldner dem Gläubiger etwas zum Haben und Nutzen zugewiesen hat, dann aber selbst das von ihm zugewiesene Haben und Nutzen ausübt. Ein solcher Fall liegt beispielsweise dann vor, wenn der Verpächter die verpachtete Sache selber nutzt. Denn durch den Pachtvertrag wird dem Pächter die *S a c h e s e l b s t* zum Haben und Nutzen zugewiesen. Die Uebergabe der Pachtsache erfolgt damit nicht zum Zwecke der absoluten Zuweisung wie bei der Eigentumsübergabe, sondern zum Zwecke der Verwirklichung der relativen Zuweisung.

308 So aber VON CAEMMERER, S. 354.

309 Da der Bereicherungsanspruch bei der unbefugten Einziehung fremder Forderungen allgemein anerkannt ist, wird hier nicht weiter darauf eingetreten. (Statt vieler: VON TUHR/PETER, S. 495). So befürworten selbst diejenigen Vertreter der Zuweisungstheorie einen Bereicherungsanspruch und bejahen damit einen Zuweisungsgehalt, die ansonsten nur den absoluten Rechten einen Zuweisungsgehalt zuerkennen (VON CAEMMERER, S. 355; LARENZ, § 68 II, S. 533).

In der Mehrzahl der Fälle relativer Zuweisung wird nun aber nicht die Sache zugewiesen, sondern die Zuweisung erschöpft sich in einem Anspruch auf die Sache. So wird z.B. bei einem Kaufvertrag über eine Sache nicht die Sache selbst dem Käufer (er sei hier A genannt) zum Haben und Nutzen zugewiesen - denn dies hätte zur Folge, dass der Käufer mit Abschluss des Kaufvertrages zugleich und ohne Verfügungsgeschäft Eigentümer würde - , sondern zugewiesen ist der Anspruch auf Uebereignung der Sache. Wird die betreffende Sache nun ein zweites Mal an einen andern Käufer (er sei B genannt) verkauft und alsdann auch übergeben, so erlangt B dadurch nichts, was dem Zuweisungsgehalt des A widersprechen würde, da die relative Zuweisung der Sache zwischen dem A und dem Verkäufer nicht auch für den Dritten (in diesem Fall B) Geltung hat³¹⁰. Selbst dann, wenn die besonderen Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit und damit der Nichtigkeit des zweiten Vertrages erfüllt wären³¹¹, und B nicht Eigentümer geworden wäre, änderte dies nichts an der relativen Zuweisung der Sache an A, mithin an seinem "Haben des Anspruchs" gegenüber dem Verkäufer³¹². Ein Bereicherungsanspruch des A gegen den B ist damit ausgeschlossen.

Ebenfalls ausgeschlossen ist ein Bereicherungsanspruch des A gegen den Verkäufer. Denn das Eigentumsrecht des Verkäufers als absolute Zuweisung steht nicht im Widerspruch zu der nur relativen Zuweisung des A; m.a.W. das Haben und Nutzen der Sache steht nicht im Widerspruch zum Haben des Anspruchs auf die Sache.

310 Daran vermag auch Art. 41 II OR nichts zu ändern. In Anwendung dieser Vorschrift kann dem Erstkäufer wohl ein Schadenersatz zugesprochen werden, nicht aber kann der Geschädigte aufgrund dieser Bestimmung eine absolute Zuweisung der Sache geltend machen.

311 Vgl. VON TUHR/PETER, S. 252 FN 26.

312 A.M. EULAU (S. 174), der damit aberkennt, dass die Zuweisung des Anspruchs nicht mit der Zuweisung der Sache gleichgesetzt werden darf.

c. Besondere Bedeutung der relativen Zuweisung bei nicht absolut geschützten Gütern

Im Gegensatz zu dem soeben erwähnten Fall, wo ein Bereicherungsanspruch an der absoluten Zuweisung des Eigentums scheitert, stehen nun jene Fälle, wo einer Partei in einem Vertrag etwas zugewiesen wird, an dem die Rechtsordnung keine absoluten Rechte gewährt. Verletzt der Schuldner - und n u r der Schuldner - den Vertrag und erlangt er dadurch etwas, das dem Gläubiger zugewiesen ist, so kann er sich nicht auf das ihm von der Rechtsordnung gewährte Haben und Nutzen, mithin auf seine absolute Zuweisung, berufen.

Die Bedeutung der relativen Zuweisung soll anhand der nun folgenden Beispiele näher erläutert werden.

aa. Fabrikationsgeheimnisse

Fabrikationsgeheimnisse sind immaterielle Güter von grossem wirtschaftlichen Wert, ohne jedoch dem Kreis der rechtlich geschützten Immaterialgüterrechte anzugehören. Sie sind gleich den Erfindungen technische Regeln, brauchen aber im Unterschied zu diesen nicht die besondere Voraussetzung der Erfindungsqualität (z.B. die Erfindungshöhe), dafür aber - und darin besteht der spezifische Unterschied - diejenige des Geheimnischarakters aufzuweisen³¹³. Dem Geheimnischarakter kommt d i e wirtschaftliche Funktion zu, denn auf ihm beruht die faktische

313 "Gegenstand eines Fabrikationsgeheimnisses bilden alle einen Fabrikationsvorgang betreffenden und weder offenkundigen noch allgemein zugänglichen Tatsachen, an deren Geheimhaltung der den Vorgang Beherrschende ein berechtigtes Interesse hat, und die er tatsächlich geheimhalten will"(A. TROLLER, Schutz des know-how, S. 218, unter Hinweis auf BGE 88 II 322).

Exklusivität der Fabrikationsgeheimnisse³¹⁴. Vorrangigstes Ziel eines jeden mit geheimen Methoden arbeitenden Unternehmens ist deshalb die Geheimhaltung, da die individuellen Vorteile der Exklusivität nicht - wie bei der Erfindung - auf absoluter, mit Rechtsschutz versehener Zuweisung beruhen.

Neben den wettbewerbsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten kann nun ein gewisser Schutz der Fabrikationsgeheimnisse dadurch erreicht werden, dass sie zum Gegenstand relativer Zuweisung gemacht werden. Eine solche relative Zuweisung liegt stets dann vor, wenn sich der Schuldner gegenüber dem Gläubiger als Geheimnisherrn ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet, das Geheimnis als das dem Geheimnisherrn Zugewiesene, als das ihm Gebührende, zu respektieren. Eine derartige Verpflichtung kann sich aus einem Arbeitsvertrag, einem Werkvertrag, einem Auftrag oder einem auftragsähnlichen Verhältnis ergeben³¹⁵.

314 Gerade das Geheimhalteinteresse vieler Unternehmen ist ausschlaggebend dafür, dass heute vermehrt technische Weiterentwicklungen nicht mehr patentiert werden, um so das mit dem Registereintrag zwangsläufig verbundene Offenkundigwerden zu verhindern. Gegen eine Patentierung sprechen oft auch Ueberlegungen wie: Unsicherheit bezüglich der Neuheit einer Erfindung, und - damit verbunden - die mühevollen Arbeit, den Stand der Technik zu ermitteln (Art. 7 PatG); dann aber auch Unsicherheit bezüglich der Erfindungshöhe; und nicht zuletzt auch Scheu davor, später einmal in einen vielleicht mühsamen und langwierigen Patentprozess verwickelt zu werden.

315 Eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht besteht nur beim Agenten kraft ausdrücklicher Vorschrift (Art. 418d OR). Gestützt auf Art. 398 OR wird eine ebensolche Pflicht auch beim Auftrag und bei den auftragsähnlichen Verhältnissen angenommen (vgl. BLUM/PEDRAZZINI, Bd. I, S. 161).

So ist beispielsweise der Arbeitnehmer - auch ohne ausdrückliche Vereinbarung³¹⁶ - gestützt auf die Treuepflicht zur Bewahrung des ihm anvertrauten Fabrikationsgeheimnisses verpflichtet; dasselbe gilt auch für den Dienstfinder eines noch nicht angemeldeten Patentes. Die Geheimhaltungspflicht überdauert das Arbeitsverhältnis³¹⁷. Scheidet der Arbeitnehmer aus, und verwendet er die ihm anvertraute Fabrikationsmethode zu eigenem Vorteil weiter, so erlangt er dadurch etwas, das im Widerspruch zu dem seinem ehemaligen Arbeitgeber zugewiesenen Geheimnis steht.

Nichts anderes hat zu gelten, wenn anstelle der Eigenproduktion das Fabrikationsgeheimnis einem Handwerker zur Ausführung übertragen oder einem anderen Unternehmer in Lizenz gegeben wird. Auch hier darf der Vertragspartner das Fabrikationsgeheimnis nicht in Ueberschreitung der Vereinbarung zum eigenen Vorteil nutzen.

Der an die relative Zuweisung anknüpfende Rechtsschutz - es ist dies der Bereicherungsanspruch, insbesondere aber, wie noch zu zeigen sein wird, der Gewinnherausgabanspruch³¹⁸ - ergibt sich damit aus der be-

316 Eine vertragliche Vereinbarung der Geheimhaltungspflicht stellt allerdings eine erhebliche Beweiserleichterung dar. Keine solche Vereinbarung ist aber eine Konkurrenzverbotsklausel, da damit lediglich der eigene, räumliche Absatzmarkt gesichert wird, ohne dass die Absatztätigkeit auf einer geheimen Idee beruhen müsste; demgegenüber geht es bei der Geheimhaltungspflicht um eine faktische Exklusivität. - Ein weiterer Unterschied zwischen der Konkurrenzverbotsklausel und der vertraglich vereinbarten Geheimhaltungspflicht zeigt sich bei den Erlöschensgründen: während das Konkurrenzverbot nach der vertraglich festgesetzten Zeit erlischt, ist bei einem Fabrikationsgeheimnis das Offenkundigwerden ausschlaggebend.

317 Vgl. dazu: BLUM/PEDRAZZINI, Bd. I, S. 163; REHBINDER, § 8 II 2, S. 49 ff. Weiterführend: R. TREADWELL, Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen im schweizerischen Wettbewerbsrecht; B. PFISTER, Das technische Geheimnis 'Know how' als Vermögensrecht. Vgl. zur bundesgerichtlichen Praxis hinten S. 183.

318 Hinten S. 179 ff.

sonderen rechtlichen Struktur des Arbeitsvertrags, des Werkvertrags oder des Auftrags. Sie alle beruhen auf einem Treueverhältnis, aus dem sich das für den Schutz notwendige relative Recht ableiten lässt und das zugleich einen Zuweisungsgehalt aufweist. Dieser Schutz ist nur gegenüber dem rechtlich zur Treue verpflichteten Personenkreis gegeben³¹⁹, kann aber nicht auch auf Dritte ausgedehnt werden, da diese nicht aufgrund eines relativen Rechts dem Geheimnisherrn zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet sind. Sie unterstehen einzig dem wettbewerbsrechtlichen Gebot loyalen Verhaltens und können nur bei Missachtung desselben, und sofern die besondere Voraussetzung des Konkurrenzverhältnisses gegeben ist, mit Sanktionen belegt werden³²⁰.

319 Wird einem Dritten im Rahmen von Vertragsverhandlungen ein Fabrikationsgeheimnis anvertraut, und kommt es alsdann nicht zu einem Vertragsabschluss, dann fehlt es an einer relativen Zuweisung. Denn das Anvertrauen schafft für sich allein keine vertraglichen Beziehungen. Ein allfälliges Weiterverwenden des Geheimnisses stellt wohl einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar und ist damit widerrechtlich; doch ist - wie beim Wettbewerbsrecht - mit der Anknüpfung an Art. 2 ZGB kein subjektives Recht gewonnen. Vielmehr muss dieser Tatbestand unter die als Deliktsnorm konzipierte culpa in contrahendo subsumiert werden, was zur Folge hat, dass sowohl Schaden wie Verschulden nachgewiesen werden müssen. Bejahte man dagegen die relative Zuweisung, hätte dies ein unzulässiges Vorverschieben der Schwelle zum Vertragsabschluss zur Folge. Anders wäre lediglich dann zu entscheiden, wenn es sich beim anvertrauten Gut um ein absolut geschütztes Rechtsgut - z.B. ein urheberrechtlich geschützter Bauplan - handelte; diesfalls wäre aber an die absolute Zuweisung anzuknüpfen.

320 Wird ein Bereicherungsanspruch auch gegen Dritte gewährt (so SCHAUFELBERGER, S. 238 f.), so hat dies eine Angleichung des Fabrikationsgeheimnisses an die patentierte Erfindung und damit an ein absolut geschütztes Recht zur Folge.

bb. Computerprogramme

Die Computerprogramme zählen nicht zu den von der Rechtsordnung geschützten immateriellen Gütern. Insbesondere was deren für den urheberrechtlichen Schutz notwendigen Werkcharakter anbelangt, so sind sie keine "eigenartigen Geistesschöpfungen von individuellem Gepräge ..., (nicht) Ausdruck einer neuen, originellen geistigen Idee"³²¹. Vielmehr stellen die Computerprogramme reine "Anweisungen an den menschlichen Geist"³²² dar; sie sind Verhaltensregeln, ein "Bündel von Befehlen an den Computer"³²³, und als solche sowohl urheberrechtlich wie auch patentrechtlich³²⁴ nicht schutzfähig.

Diese an der Schutztechnik gemessene Bedeutungslosigkeit der Computerprogramme steht nun aber im Gegensatz zu deren im steten Wachstum begriffenen, vielfältigen Verwendungsmöglichkeiten im Bereiche von

321 So zuletzt die Umschreibung des urheberrechtlichen Werkbegriffs durch das Bundesgericht (BGE 106 II 73). Zur Rechtsnatur und Schutztechnik der Computerprogramme selbst, hatte das Bundesgericht bis heute noch keine Gelegenheit zur Stellungnahme. Lediglich in BGE 88 IV 123 hatte es sich in bezug auf ein wissenschaftliches Werk negativ in dem Sinne geäußert, dass ihm (sc. dem wissenschaftlichen Werk) für die Anerkennung als urheberrechtlich schutzfähiges Werk der nötige Spielraum individuellen, schöpferischen Gestaltens fehle; mithin ein Argument, das wohl auch bei der Beurteilung von Computerprogrammen herangezogen würde (Vgl. auch BGE 96 IV 185).

322 A. TROLLER, Bd. I, S. 58, 158; BLUM/PEDRAZZINI, Bd. I, S. 77 f.

323 KUMMER, Das urheberrechtlich schützbares Werk, S. 198.

324 Anders in den USA, wo die Patentierbarkeit programmierbarer Erfindungen zunächst vom Supreme Court in: 473 U.S. 57 L. Ed. 2d. 451, 198 USPQ 193 (1978): Parker v. Flook bejaht wurde und nun auch in einem Amendment zur Copyright Revision Act of 1976 seinen Niederschlag gefunden hat: 17 U.S.C. § 101 (Supp. 1980), as amended by The Computer Software Copyright Act of 1980. Kritisch dazu bereits: R.H. STERN, Computer Law Journal, Vol. III/1 (1981): "Available legal protection for mass-marketed computer software is uncertain and unsatisfactory" (a.a.O. S. 1). Vgl. auch BLUMENTHAL/RITER, GRUR Int. 1980, S. 81 ff.

Industrie und Technik, wo in oft langwierigen Entwicklungsprozessen und unter Einsatz teurer Fachkräfte neue Computerprogramme erarbeitet und erprobt werden, um sie alsdann entweder selbst zu verwenden, in Lizenz zu geben oder - falls im Rahmen eines Auftrags gehandelt wurde - an den Auftraggeber abzuliefern³²⁵.

Als verselbständigte, verkehrsfähige wirtschaftliche Objekte³²⁶ sind nun aber die Computerprogramme geeignet, zum Gegenstand unbefugter Ausnutzung unter Einsparung eigener Investitionskosten zu werden. Abgesehen vom wettbewerbsrechtlichen Schutz, der zweifellos bei Vorhandensein eines Konkurrenzverhältnisses gegeben ist, kann nun auch bei den Computerprogrammen auf dem Weg einer vertraglichen Vereinbarung ein gewisser, wenn auch nur relativ wirkender Schutz erreicht werden. Wie bei den Fabrikationsgeheimnissen sind auch hier die mit der Programmierungstätigkeit betrauten Personen aufgrund einer sich aus Ar-

325 Ausführlicher: P. SIDLER, Der Schutz von Computerprogrammen im Urheber- und Wettbewerbsrecht; H.R. WITTMER, Der Schutz von Computersoftware - Urheberrecht oder Sonderrecht?

326 Ursprünglich waren die Computerprogramme (Software) und die Computerapparate (Hardware) in einem wechselbedingten System verbunden, so dass die Gefahr des Missbrauchs von Computerprogrammen gering war. Mit der Verfeinerung der Technik wurden nun aber die Computerprogramme infolge zunehmender Kompatibilität losgelöst von bestimmten Computerapparaten, so dass sie auch auf andere Nutzungseinrichtungen übertragen werden können. Sie sind nunmehr potentiell ubiquitäre Güter. Ausdruck dafür ist die vermehrt auftretende, verselbständigte Softwareindustrie, die nur noch im Dienste der Programmentwicklung steht. Vgl. dazu: K. HARTMANN, "Kompatibilität der Computertechnik" (NZZ-Beilage "Forschung und Technik", Nr. 45, vom 24.2.1982), der ebenfalls vom Bestreben der Softwarehersteller spricht, "hardwareunabhängige oder transportfähige Software" zu entwickeln, was häufig mit einer Investition "zahlreicher Mannmonate" verbunden sei. Vgl. auch SIDLER, a.a.O. S. 54 f.; WITTMER, a.a.O. S. 71 ff.

beitsvertrag oder Auftrag ergebenden Treuepflicht gehalten, die von ihnen entwickelten Programme als ihrem Arbeitgeber oder Auftraggeber zugewiesen zu betrachten. Insbesondere die Auftragserteilung eines Industrieunternehmens an einen sog. Softwarehersteller (d.i. die Firma, die Computerprogramme herstellt) ist in vermehrtem Mass von gegenseitigem Vertrauen abhängig, da der Auftraggeber zum Zweck des von ihm gewünschten Computerprogramms unter Umständen viele seiner Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zur Lösung des von ihm gestellten Problems bekanntgeben muss. Wird das im Auftrag erstellte Computerprogramm nun nicht nur an den Auftraggeber, sondern auch noch an einen Dritten oder Vierten verkauft³²⁷ - die programmierungstechnischen Einzelheiten sind als Lösungen unabhängig vom einmal gestellten Problem immer wieder verwertbar - , so sind die daraus gezogenen Vorteile gegenüber dem Auftraggeber in zuweisungswidriger Weise erlangt, was im Falle mehrfacher Verwertung einen nicht geringen Geldbetrag ausmachen kann. Nicht in zuweisungswidriger Weise erlangt sind dagegen die Verwendung der Computerprogramme durch Dritte; diese unterstehen wiederum nur den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften.

Der hier aufgezeigte Lösungsweg, der an den durch ein relatives Recht vermittelten Zuweisungsgehalt anknüpft, ist nun aber nicht mit dem - gerade für Computerprogramme oft geforderten - sog. Leistungsschutz³²⁸ zu verwechseln. Denn mit dem Leistungsschutz soll unmittelbar das Computerprogramm als fremdes Arbeitsergebnis erfasst und geschützt

327 Gerade finanzschwächere Industrieunternehmen, die einem Softwarehersteller nicht das nötige Geld für die Entwicklung eines betriebseigenen ("massgeschneiderten") Computerprogramms zur Verfügung stellen können, sind bereitwillige Abnehmer bereits einmal (für jemand anders) erstellter Computerprogramme.

328 Vgl. dazu SIDLER, S. 74 ff.; SCHNEIDINGER, S. 48 ff.; WITTMER, S. 76 ff.

werden³²⁹. S c h u t z o b j e k t würde damit das L e i s t u n g s -
e r g e b n i s und nicht, wie beim wettbewerbsrechtlichen Schutz,
das Verhalten zur Erlangung dieses Leistungsergebnisses. Folge davon
wäre wiederum die Einführung neuer Monopolrechte, die alle auf einem
Schaffensprozess beruhenden Arbeitsergebnisse zu absolut geschützten
Rechtsgütern erheben würden; ein Ergebnis, das sich nicht aus der
geltenden Rechtsordnung - insbesondere nicht aus dem Wettbewerbsrecht
als Verhaltensrecht - ableiten lässt. Inwieweit de lege ferenda die
Einführung eines ausserhalb des Wettbewerbsrechts bestehenden, abso-
luten Leistungsschutzes als Sonderrecht vor dem Hintergrund des tech-
nischen Fortschritts - der zwangsläufig auf der Leistung anderer
aufbaut - gerechtfertigt erscheinen mag, soll hier dahingestellt blei-
ben. Jedenfalls lässt sich ein L e i s t u n g s s c h u t z n i c h t
auf dem Umweg über das Bereicherungs-
recht verwirklichen, da das Bereiche-
rungsrecht an das System bestehender
Rechte anknüpft und nicht der Einfüh-
rung neuer Monopolrechte und damit der
Erweiterung des Kreises absolut ge-
schützter Rechtsgüter dient.

cc. Kundschaft als Gegenstand von Alleinvertriebsverträgen

Der Alleinvertriebsvertrag ist ein, verschiedene Rechte und Pflichten
umfassender Innominatvertrag³³⁰. Für die hier interessierende Frage
des Zuweisungsgehalts ist jenes Innominatelement von Bedeutung, das
das Alleinvertriebsrecht regelt.

Durch die Gewährung des Alleinvertriebsrechts an den Gläubiger (häufig
der Abnehmer von Waren) verpflichtet sich der Schuldner (häufig der

329 Vgl. dazu PEDRAZZINI, ZSR 96 (1977), S. 15 ff.; REHBINDER, Lei-
stungsschutz für Interpreten, FS KUMMER 1980, S. 15 ff.

330 Vgl. dazu SCHLUEP, SPR VII/2, S. 841 ff.

Lieferant), seinem Gläubiger ein regelmässig örtlich, sachlich und zeitlich begrenztes, ausschliessliches Vertriebsrecht einzuräumen und sich selbst der dem Gläubiger vorbehaltenen Geschäftstätigkeit zu enthalten.

Das Potential der in einem bestimmten räumlichen Bereich ansässigen Kunden, an denen selbst keine absoluten Rechte bestehen, wird damit dem Gläubiger zum Zwecke der G e s c h ä f t s t ä t i g k e i t zugewiesen. Dem Gläubiger zugewiesen ist damit nicht die Kundschaft selbst, sondern die gegenüber dem Schuldner - und n u r dem Schuldner - alleinige Befugnis, mit den p o t e n t i e l l e n K u n d e n Verträge abzuschliessen. Hält sich nun der Schuldner nicht an die vertragliche Abmachung und schliesst er selbst in dem seinem Gläubiger zugewiesenen räumlichen Bereich Geschäfte ab, so sind die daraus erzielten Vorteile in zuweisungswidriger Weise erlangt. Denn gerade weil an der Kundschaft kein absolutes Recht besteht, kann sich der Schuldner nicht auf ein ihm von der Rechtsordnung zugewiesenes Recht auf die Kundschaft berufen, so dass der von ihm an den Gläubiger vorgenommenen relativen Zuweisung kein absolutes Recht entgegensteht. Erst das Fehlen eines absoluten Zuweisungsgehaltes ermöglicht es wiederum, dass eine relative Zuweisungswidrigkeit überhaupt eintreten kann.

Nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Abreden weisen aber einen Zuweisungsgehalt auf. Verpflichtet sich beispielsweise ein Detaillist, seine Ware nur bei einem bestimmten Grossisten zu beziehen³³¹, und hält sich der Detaillist alsdann nicht an diese Abmachung, so sind die zwischen dem Detaillisten und einem Dritten abgeschlossenen Verträge nicht als dem Grossisten zugewiesene Verträge zu qualifizieren. Weder kann der Grossist gegen den Dritten vorgehen - es gibt keine Verträge zu Lasten Dritter - , noch hat er gegen den Detaillisten

331 Die Alleinbezugspflicht ist häufig mit dem Alleinvertriebsrecht verbunden; vgl. SCHLUEP, a.a.O., S. 844.

einen anderen als den vertraglichen Schadenersatzanspruch³³². Denn zugewiesen sind dem Gläubiger als dem Grossisten nicht die Vertragsabschlüsse mit dem Dritten als ebenfalls einem Grossisten - diese Vertragsabschlüsse sind es nun aber gerade, die sein Schuldner als Detaillist getätigt hat - , sondern zugewiesen ist dem Gläubiger der Anspruch auf Vertragsabschluss mit s e i n e m Schuldner³³³.

332 Unter Umständen noch ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (vgl. SCHLUEP, a.a.O., S. 547).

333 Dass das Alleinvertriebsrecht im Gegensatz zur Alleinbezugs- pflicht einen Zuweisungsgehalt aufweist, widerspricht nun aber keineswegs der Interessenlage des Lieferanten. Dieser kann sich vielmehr durch eine Mindestabnahmepflicht sichern. Befindet sich der Abnehmer mit dem Abruf im Verzug, so kann er sogleich weitere rechtliche Schritte unternehmen und allenfalls von seinem - aus dem Innominatenelement des Sukzessivlieferungskaufs sich ergebenden - Kündigungsrecht Gebrauch machen. Ungleich weniger geschützt ist dagegen der Abnehmer. Denn ihm obliegt das Vertriebsrisiko. Verletzt der Lieferant sein ihm gewährtes Absatzgebiet, so ist dies für ihn häufig erst nach einer gewissen Zeit feststellbar. Wäre er auf den vertraglichen Schadenersatz- anspruch beschränkt, so müsste er seinen entgangenen Gewinn nachweisen, was ihm aber - will man nicht zur Fiktion greifen - häufig nicht gelingen wird. Vgl. auch hinten S. 184 ff.

III. ERGEBNIS: ZUWEISUNGSWIDRIGKEIT ALS DAS BEIDE PARTEIEN BERUECKSICHTIGENDE, NORMATIV-WERTUNGSORIENTIERTE KRITERIUM DES ZU-
STANDSUNRECHTS

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass für die Voraussetzung der Entstehung der Bereicherung einzig danach gefragt wird, ob der Bereicherungsschuldner etwas im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines fremden, subjektiven Rechts erlangt hat; m.a.W., ob das vom Bereicherungsschuldner Erlangte entweder aufgrund der Rechtsordnung - so bei den absoluten Rechten - oder aufgrund eines Vertrages - so bei den relativen Rechten - dem Bereicherungsgläubiger zum Haben und Nutzen zugewiesen ist. Denn nur das, was einer Person zum Haben und Nutzen zugewiesen ist, kann von einer anderen Person in zuweisungswidriger Weise erlangt werden. Damit ist gleichzeitig ausgedrückt, was in Art. 62 OR für die gegenständliche Sachverschiebung mit "aus dem Vermögen eines andern" umschrieben ist; nur dass diese Wendung nach der hier vertretenen Ansicht nicht als eine zwischen zwei Vermögen sich abspielende, sondern vielmehr als eine - auf dem Weg der Induktion gewonnene - für alle Bereicherungsfälle - und nicht nur für die Sachverschiebung - gleichermassen geltende, normativ-wertungsorientierte Entstehungsvoraussetzung verstanden wird. "Normativ" deshalb, weil primäre Voraussetzung das Vorhandensein eines absolut oder relativ subjektiven Rechtes ist; und "wertungsorientiert", weil damit der Zuweisungsgehalt ausgedrückt ist.

Indem für die Entstehung der Bereicherung nicht von vornherein vom Vermögen einer jeden Partei ausgegangen wird, sondern zunächst nur geprüft wird, ob dasjenige, was der Bereicherungsschuldner konkret erlangt hat, im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines dem Bereicherungsgläubiger zustehenden subjektiven Rechtes steht, wird die traditionelle vermögensorientierte Betrachtungsweise durch eine normativ-wertungsorientierte Betrachtungsweise ersetzt, ohne damit aber eine

Interessenverschiebung zugunsten der einen bzw. zuungunsten der andern Partei vorzunehmen. Besagt doch die Anknüpfung an ein subjektives Recht nichts anderes als die Anknüpfung an ein "Verhältnis einer Person zu einer andern Person in bezug auf eine Sache, eine Person oder ein Schuldverhältnis" ³³⁴. Die Blickrichtung ist damit dieselbe geblieben, sie ist auf **b e i d e** Parteien - den Bereicherungsgläubiger wie den Bereicherungsschuldner - gerichtet, und sie ist Gewähr dafür, dass das Bereicherungsrecht **I n t e r e s s e n a u s g l e i c h** bleibt und nicht - durch einseitige Interessenverschiebung - zu einem "G e w i n n a b s c h ö p f u n g s i n s t i t u t" umfunktionalisiert wird ³³⁵.

Dem Interessenausgleich ebenfalls nicht gerecht wird damit jene Auffassung, die die Ungerechtfertigtkeit mit der Rechtsgrundlosigkeit gleichsetzt ³³⁶.

Denn obwohl die Rechtsgrundlosigkeit eines Erwerbs stets auf einer Zuweisungswidrigkeit beruht, kann aber nicht umgekehrt aus der Zuweisungswidrigkeit eines Erwerbs auch auf dessen Rechtsgrundlosigkeit geschlossen werden ³³⁷. So kann sich beispielsweise der Käufer einer gestohlenen und bereits weiterveräußerten Sache gegenüber einem Bereicherungsanspruch des Eigentümers auf den Rechtsgrund des von ihm abge-

334 Vorne S. 77.

335 So aber SCHAUFELBERGER, vorne S. 58 ff.

336 VON TUHR/PETER, S. 517; BECKER N 13 zu Art. 62; OSER/SCHOENENBERGER N 13 zu Art. 62; GUHL/MERZ/KUMMER, § 27 III 1, S. 198; BUCHER verwendet statt der Bezeichnung "ungerechtfertigte Bereicherung" diejenige der "Forderung aus grundloser Bereicherung" (S. 595), wobei er aber den "Begriff des Rechtsgrundes ... nicht im technisch-präzisen Sinn verstanden wissen will (S. 600).

337 So weist denn COSTEDE (S. 54) darauf hin, dass der Versuch, den Bereicherungsanspruch mit der Rechtsgrundlosigkeit zu begründen genauso scheitern müsse, wie etwa das Bemühen, die Schadenersatzpflicht auf das Fehlen von Rechtfertigungsgründen zurückzuführen.

geschlossenen Kaufvertrags berufen³³⁸; oder der Bauherr kann gegenüber der Forderung des aufgrund einer rechtsunwirksamen Stellvertretung tätig gewordenen Subunternehmers seinen mit dem Generalunternehmer geschlossenen Werkvertrag geltend machen³³⁹; oder der Anweisungsempfänger kann sich - trotz Fehlens eines Valutaverhältnisses - gegenüber dem Bereicherungsanspruch des Anweisenden auf eine ihm gegenüber einem Dritten zustehende Forderung berufen³⁴⁰.

Diese Fälle machen deutlich, dass ein Abstellen auf die Rechtsgrundlosigkeit als Ausdruck einer einseitig am Schuldnervermögen ausgerichteten Betrachtungsweise abgelehnt werden muss, will man nicht der *exceptio ex iure tertii* das Wort reden.

Das für die Entstehung der Bereicherung an objektive Kriterien anknüpfende Zustandsunrecht darf somit nicht in strukturfremder Weise mit subjektiven, aus Schuldnersicht gewonnenen Schutzeinwendungen ergänzt werden; diesen wird vielmehr erst in zweiter Linie in der - ganz im Sinne des Schutzzwecks - nur beim Gutgläubigen zu prüfenden Ausnahmebestimmung des Art. 64 OR Rechnung getragen³⁴¹.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit der Anknüpfung an die Zuweisungswidrigkeit eines Erwerbs das alle Bereicherungsfälle umfassende, gemeinsame Prinzip geschaffen ist³⁴². Zuweisungswidrigkeit bedeutet normativ-wertungsorientiertes Zustandsunrecht; es beurteilt sich unabhängig vom Verhalten und unabhängig vom Verschulden, unabhängig aber auch von deren Verursachung. Denn ob das Zustandsunrecht auf einer Leistung, einem Eingriff oder einem Zufall beruht, stets ist die Wirkung dieselbe: nämlich die Zuweisungswidrigkeit des darauf beruhenden Erwerbs.

338 BGE 71 II 91; dazu hinten S. 137 ff.

339 BGE 99 II 139; dazu hinten S. 144 ff.

340 BGE 106 II 29; dazu hinten S. 148 ff.

341 Dazu hinten S. 119 ff.

342 Die hinter diesem gemeinsamen Prinzip stehenden unterschiedlichen Anspruchstypen VON CAEMMERER's - die Leistungskondition einerseits, die Eingriffskondition andererseits (vorne S. 10) - werden damit nicht in Abrede gestellt, sondern lediglich auf das ihnen gemeinsame Haftungsprinzip zurückgeführt.

§ 5. HERAUSGABEANSPRUCH

I. INHALT

A. Bereicherungsgegenstand, bestimmt und begrenzt durch den Zuweisungs- gehalt eines subjektiven Rechts

Aus der Rückgabefunktion des Bereicherungsrechts³⁴³ ergibt sich, dass derjenige, der etwas im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts erhalten hat, das Erlangte an den Berechtigten zurückzugeben hat. Der Inhalt des Herausgabeanspruchs ist damit **k o n k r e t** am Bereicherungsgegenstand als dem Erlangten - sei dies nun eine Sache, ein Gebrauchs- oder Nutzungsvorteil oder eine Arbeitsleistung - ausgerichtet und kann auch nicht darüber hinausgehen. Der Zuweisungsgehalt bestimmt und begrenzt den Bereicherungsgegenstand und damit den Bereicherungsinhalt. Die vermögensmässigen Auswirkungen des Bereicherungsgegenstandes im Vermögen des Schuldners sind für die Inhaltsbestimmung ohne Belang; sie können nicht zu einer Erweiterung des konkret am Bereicherungsgegenstand ausgerichteten Bereicherungsinhaltes führen. Ebenso wenig wird der Bereicherungsinhalt durch einen beim Gläubiger vorhandenen Schaden begrenzt, da wiederum der Zuweisungsgehalt selbst objektive Begrenzung ist. Der Zuweisungsgehalt grenzt das objektive, aus Gesetz oder aus Vertrag bestimmte Haben und Nutzen von der eigenen (subjektiven) wirtschaftlichen Tätigkeit ab.

343 Vorne S. 74.

B. Herausgabeanspruch als ein konkret am Bereicherungsgegenstand ausgerichteter, objektiver Wertersatzanspruch

Eine Herausgabe des Bereicherungsgegenstandes in natura ist nurmehr bei den Forderungsrechten möglich³⁴⁴. In den übrigen Fällen, wo also der Bereicherungsgegenstand entweder im Verbrauch, Gebrauch oder Nutzen einer Sache oder in der Erlangung einer Arbeitsleistung besteht, wo mithin ein Herausgabeanspruch in natura nicht möglich ist, hat ein am Bereicherungsgegenstand ausgerichteter, vermögenswerter Ausgleich stattzufinden. Unabhängig einer beim Schuldner eingetretenen Vermögensvermehrung oder eines beim Gläubiger vorhandenen Schadens bestimmt sich der Ausgleichsanspruch allein aufgrund objektiver Kriterien, m.a.W., er ist o b j e k t i v e r W e r t e r s a t z a n s p r u c h³⁴⁵. Bemessungsgrundlage bildet der verkehrsübliche Wert der nicht mehr vorhandenen Sache bzw. das verkehrsübliche Entgelt des erlangten Gebrauchs- oder Nutzungsvorteils oder der erlangten Arbeitsleistung.

Angewandt auf den Verkauf fremder Sachen bedeutet dies, dass der Verkaufserlös nur als Indiz für den objektiven Wert dieser Sache gewertet werden kann. Nicht herauszugeben wäre aber jener Teil des Erlöses, der nicht mehr Ausdruck der Wertschätzung des Bereicherungsgegenstandes ist, sondern beispielsweise auf ein besonderes Verkaufsgeschick, eine gezielte Werbung, ein gut ausgebautes Kundennetz oder eine bessere

344 Die in der Schweiz noch h.L. geht von der abstrakten Natur der Zession aus (statt vieler: VON THUR/PETER, S. 513). Dasselbe galt für die Eigentumsübertragung bis zum Entscheid BGE 55 II 306, der die Wende zum Kausalitätsprinzip brachte.

345 Einen objektiven Wertersatz befürworten: VON CAEMMERER, S. 356; LARENZ, SchR II § 70 II, S. 574; ders. Wertersatz, S. 210; MEDICUS, Rdn. 719; PINGER, MDR 1972, S. 101 ff., 187 ff.; GOETZKE, AcP 173, S. 289 ff.

Verkaufsorganisation zurückzuführen wäre, da diesfalls nicht etwas ersetzt würde, das im Widerspruch zu dem im Bereicherungsgegenstand enthaltenen Zuweisungsgehalt stünde. Der Bereicherungsgläubiger soll nicht in den Genuss der auf eigener Leistung des Bereicherungsschuldners beruhenden, den Wert der Sache steigernden Leistungsergebnisse kommen. Ausgeschlossen ist damit die Herausgabe eines den objektiven Wert der Sache übersteigenden Gewinns, sofern er der eigenen Tätigkeit zuzuschreiben ist, denn - so MOSER - : "ernten soll, wer gesät hat."³⁴⁶

Aus der Gegenstandsbezogenheit des Wertersatzanspruchs ergibt sich desweiteren, dass eine Wertsteigerung nur dann dem Bereicherungsgläubiger zugewiesen sein kann, wenn die Wertsteigerung aus der Sache selbst hervorgeht, m.a.W., wenn sie aufgrund der Beschaffenheit der Sache in dieser - und sei es auch nur latent - bereits enthalten ist, nicht aber, wenn sie auf eigener wirtschaftlicher Tätigkeit beruht.

Wird für eine Sache ein rein zufälliger Liebhaberpreis erzielt (z.B. bei einem Kunstgegenstand) oder erhöht sich der Wert einer Sache infolge eines Konjunktur- oder Währungsgewinns, m.a.W., beruht die Wertsteigerung auf einem Zufall, so ist dies auf die Eigenschaft der betreffenden Sache zurückzuführen und damit dem Bereicherungsschuldner zugewiesen.

Nichts anderes hat zu gelten, wenn beispielsweise ein fremdes Patent benutzt wird. Auch hier ist der Bereicherungsanspruch auf einen objektiven Wertersatz gerichtet, d.h. es ist eine für die betreffende Er-

346 MOSER, SJZ 42, S. 4.

Aehnlich VON CAEMMERER (Süddeutsche Juristenzeitung 1948, S.509), wenn er - im Zusammenhang mit dem Währungsverlust - festhält, dass der Bereicherte, der "durch die Art seiner Wirtschaftsführung die damals empfangene Leistung so angelegt (habe), dass sie in seinem Vermögen wertbeständig weitergearbeitet" habe, nicht zur Abführung der werterhaltenden Vorteile an den Entreicherten verpflichtet werden könne.

findung angemessene Lizenzgebühr zu entrichten³⁴⁷, unabhängig davon, ob der betreffende Patentinhaber das Patent in derselben Weise hätte verwerten können und unabhängig davon, ob er das Patent je in Lizenz zu geben beabsichtigt hatte.

Eine Lizenzgebühr ist grundsätzlich auch dann zu entrichten, wenn der Patentverletzer nur mit Verlusten gearbeitet hat, oder wenn er dasselbe Arbeitsergebnis unter Einsatz anderer Mittel genauso hätte erzielen können. Auch dann, wenn ein den objektiven Wertersatz übersteigender Gewinn erwirtschaftet wird, bleibt die Lizenzgebühr oberste Wertersatzgrenze, da der Herausgabeanspruch nicht über den Bereicherungsgegenstand - diesfalls den Gebrauchsvorteil des Patents - hinausgehen kann. Dem Patentinhaber ausschliesslich zugewiesen ist die Verwertungsbefugnis (Art. 8 PatG), nicht aber der Verwertungserfolg. Entscheidet man gegenteilig, so hat dies unweigerlich zur Folge, dass der aufgrund des Zuweisungsgehalts bestimmt und begrenzte, konkret am Bereicherungsgegenstand ausgerichtete, objektive Wertersatz zugunsten eines vom Bereicherungsgegenstand losgelösten - mithin abstrakt orientierten - nurmehr am individuellen Empfängervermögen ausgerichteten, subjektiven Wertersatz aufgegeben wird. Wohl lässt sich auf diese Weise ein bereicherungsrechtlicher Gewinnherausgabeanspruch begründen³⁴⁸, die Unstimmigkeiten, die dafür an anderen Stellen entstehen, und - damit verbunden - die zahlreichen Hilfskonstruktionen, die zur Beseitigung derselben alsdann wieder benötigt werden, machen deutlich, dass die gegenteilige Ansicht als dogmatisch unbefriedigende Lösung abzulehnen ist.

347 Gl.M. VON CAEMMERER, S. 355.

348 So SCHAUFELBERGER (S. 151 ff.). Dagegen zutreffend ROTH (S. 385): "Die treibende Kraft hinter der Gegenansicht ist unverkennbar der Wunsch nach Genugtuung für einen vorsätzlich-widerrechtlichen Eingriff, ein Wunsch, der verständlich sein mag, im Bereicherungsrecht aber nichts zu suchen hat."

Es sei insbesondere nochmals an den Fall des gutgläubig Bereicherten erinnert, dem eine Gewinnherausgabe billigerweise nicht zugemutet werden kann. Oder an den Fall, wo der Patentverletzer zwar bösgläubig ist, den gleichen Gewinn aber auch in Anwendung eines andern, erlaubten Verfahrens erzielt hätte; oder aber wenn statt der Gewinne nur Verluste vorhanden sind. So würde denn in diesen Fällen der Bereicherungsanspruch des Gläubigers von der jeweiligen Vermögenssituation des Schuldners abhängig gemacht. Und wollte man den Gläubiger in den beiden zuletzt genannten Fällen gegen eine vom Bösgläubigen vorgebrachte Einwendung des gänzlichen Fehlens einer Vermögensvermehrung schützen, so müsste man entweder behelfsweise auf den Grundsatz von Treu und Glauben - *venire contra factum proprium* - zurückgreifen³⁴⁹, oder aber innerhalb des Bereicherungsrechts von einem zweifachen - einem subjektiven und einem objektiven - Wertbegriff ausgehen³⁵⁰, um so sicherzustellen, dass der Bösgläubige zumindest im Umfang des objektiven Wertersatzes haftet³⁵¹. Damit würde nicht nur eine in keiner Weise aus dem Gesetz sich ergebende zusätzliche Unterscheidung

349 So KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 175 ff.; KOPPENSTEINER, NJW 1971, S. 1769 ff., der insbesondere den Gutgläubigen in Fällen aufgedrängter Bereicherung schützen will (vgl. vorne S. 65) das von ihm angeführte Fallbeispiel vom Pflügen eines fremden Ackers). Kritisch dazu: GOETZKE, S. 293: "Dogmatisch bisher angeblich schwer zu bewältigende Teilbereiche eines Rechtsgebietes werden mit Hilfe einer neuen Konstruktion 'glatt' gelöst. Unerwünschte Ergebnisse in einem anderen Bereich werden dann letztlich über Treu und Glauben zurecht gebogen."

350 So REEB, S. 96 ff.; SCHAUFELBERGER, S. 148 f., 150 (2. Abs.), 151 f., 212 f. (insbes. 212 Abs. 2), 212 f. (insbes. 221 Abs. 3). Zum Ganzen auch vorne S. 47 ff.

351 Zu Recht beklagt auch HORST (FS Larenz, 1973, S. 882): "...die zentralen Begriffe (Vermögen, Vermögensschaden, Bereicherung) werden teils mehr 'objektiv' teils mehr 'subjektiv' verstanden und zudem - je nach Bedarf - in ihren konkreten Auswirkungen durch Zusatzwertungen modifiziert. Isoliertes Problemdenken hat zu uneinheitlichen Begriffsbildungen und -fortbildungen geführt, so dass der Ueberblick darüber erschwert wird, ob die

eingeführt, sondern - was besonders fragwürdig erscheint - in struktur-fremder Weise die Verschuldungsfrage als Verhaltensmaxime zur Beurteilung des grundsätzlich verschuldungsunabhängigen Zustandsunrechts herangezogen.

Es sei abschliessend nochmals festgehalten, dass der Bereicherungsanspruch weder ein mit "Billigkeitskorrektiv" ausgestatteter, subjektiver Wertersatzanspruch, noch ein zweigeteilter aus einer "objektiven" und einer "subjektiven Komponente"³⁵² bestehender Wertersatzanspruch, vielmehr aber ein einheitlicher, für alle Bereicherungsfälle gleichermaßen geltender, verschuldungsunabhängiger objektiver Wertersatzanspruch ist.

351 (forts.) dogmatischen Einzellösungen überhaupt noch zueinander passen oder ob nicht etwa Gleiches ... bereits ungleich behandelt wird."

352 SCHAUFELBERGER, S. 147.

II. UMFANG

A. Grundsatz: Objektiver Wertersatz

Grundsätzlich hat der Bereicherungsschuldner den objektiven Wert des Bereicherungsgegenstandes in vollem Umfang herauszugeben. Der dem Ausgleichszweck dienende Wertersatz stellt damit zugleich die Normalleistung dar. Er ist unabhängig davon, ob beim Gläubiger ein Schaden und beim Schuldner eine Vermögensvermehrung entstanden ist, und auch unabhängig davon, ob der Schuldner gut- oder bösgläubig gewesen ist, zu entrichten. So kann sich insbesondere der bösgläubige Schuldner nicht darauf berufen, dass er anstelle der fremden Sache ebensogut eine eigene, wertmässig günstigere Sache verbraucht hätte; oder dass er auf den Gebrauch der fremden Sache oder auf die Inanspruchnahme der Dienstleistung (z.B. "Schwarzfahren") verzichtet oder sich auf andere Weise billiger verschafft hätte.

B. Ausnahme zugunsten des gutgläubig Bereicherten (Art. 64 OR)

"Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder mit der Rückerstattung rechnen musste" (Art. 64 OR).

Mit dieser Vorschrift anerkennt das Gesetz für den gutgläubig Bereicherten die Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung, d.h. der gutgläubig Bereicherte muss nur soviel zurückerstatten, als er zur Zeit der Rückforderung "noch bereichert" ist.

Wie in Art. 62 OR für die Entstehungsvoraussetzung, so geht auch hier

(in Art. 64 OR) der Gesetzgeber offensichtlich³⁵³ von der Vorstellung aus, dass der Bereicherungsgegenstand in einer gegenständlichen Sache besteht, die zugleich eine "Bereicherung" im Sinne einer Vermögensvermehrung darstellt und nachträglich auch wieder wegfallen kann (eben weil sie z.B. "entäussert" wurde).

Vergegenwärtigt man sich indes, dass mit der Erlangung eines Gebrauchs- oder Nutzungsvorteils derselbe sich im Moment der Inanspruchnahme notwendigerweise verbraucht, so dass ein nachträgliches Wegfallen der Bereicherung gar nicht möglich ist, und berücksichtigt man des-
weitern, dass der Gebrauchs- und Nutzungsvorteil oder die Arbeitstätigkeit selbst keine Bereicherung im Sinne einer Vermögensvermehrung darstellt, so ist die Frage nach der nicht mehr vorhandenen Bereicherung falsch gestellt, wenn für die Entstehung der Bereicherung nicht notwendig eine Vermögensvermehrung vorhanden sein muss.

Die in Art. 64 OR vorgesehene Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung ist somit nicht nur in dem Sinne zu verstehen, dass die Herausgabepflicht bei einem nachträglichem Wegfallen der Vermögensvermehrung nicht mehr besteht, sondern vielmehr - induktiv und unter Zugrundelegung des Normzwecks dieser Bestimmung - in dem Sinne, dass der gutgläubig Bereicherte in Erfüllung seiner Wertersatzpflicht keinesfalls auf sein Vermögen soll greifen müssen und damit eine Vermögensverminderung erleiden soll. Garantie dafür, dass der gutgläubig Bereicherte nicht zum "Griff in die eigene Tasche" gezwungen wird, kann nur das Vorhandensein einer durch den Bereicherungsvorgang verursachten Vermögensvermehrung sein. Die Voraussetzung der Vermögensvermehrung stellt damit nicht eine Frage der Entstehung der Bereicherung, sondern vielmehr eine Frage des Umfangs dar. M.a.W., die Vermögensvermehrung ist nicht eine Entstehungsvoraussetzung sondern eine zusätzliche Haftungsvoraussetzung zum Schutze des gutgläubig Bereicherten. Denn nur auf diese Weise ist Gewähr dafür

353 Nichts Gegenteiliges ergibt sich aus den spärlichen Materialien.
StenBull StR 1910, S. 168 ff.

geboten, dass der Gutgläubige infolge seiner Wertersatzpflicht nicht schlechter zu stehen kommt, als wenn der Bereicherungsvorgang nicht stattgefunden hätte. Die Wertersatzleistung stellt damit für den Gutgläubigen nicht die Normalleistung, sondern die auf die Vermögensvermehrung beschränkte Höchstleistung dar.

Massgebend für die Ermittlung der Vermögensvermehrung ist die aus dem Vergleich der schuldnerischen Vermögensstände vor und nach dem Bereicherungsvorgang gewonnene Differenzgrösse unter Berücksichtigung der individuellen Vermögenslage³⁵⁴ bis zum Zeitpunkt der Anspruchserhebung (spätestens aber der Klageerhebung)³⁵⁵; d.h., dass einerseits beim Verbrauch, Gebrauch oder Nutzen einer Sache oder bei der Erlangung einer Arbeitsleistung tatsächlich Ausgaben erspart worden sein müssen, dass andererseits aber auch die im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs gemachten Ausgaben, die ansonsten unterblieben wären, in Abzug gebracht werden dürfen.

Damit werden die Auswirkungen des Bereicherungsgegenstandes im individuellen Schuldnervermögen erst an letzter Stelle, im Zusammenhang mit dem Bereicherungsumfang, geprüft³⁵⁶. Es stellt dies eine nur für den Gutgläubigen wirkende Haftungsbeschränkung dar, die sich deshalb rechtfertigt, weil die Bereicherungshaftung - als Zustandshaftung - unabhängig vom Verhalten des Bereicherungsschuldners entsteht.

Auf diese Weise wird den Interessen des gutgläubig Bereicherten genügend Rechnung getragen, ohne dass von einem subjektiven Wertbegriff ausgegangen werden muss, der Gewähr dafür bieten soll, dass der Gutgläubige keinesfalls zu mehr verpflichtet wird, als was das Erlangte

354 Wird die individuelle Vermögenslage bereits bei der Wertersatzermittlung berücksichtigt (subjektiver Wertersatz), hat dies eine Vermischung von Inhalt und Umfang der Bereicherung zur Folge. (So aber KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 61 ff.).

355 Vgl. BGE 87 II 142.

356 Gegenteilig SCHAUFELBERGER (vorne S. 44).

gerade "für ihn wert" ist.

Auch im Falle der aufgedrängten Bereicherung - es sei nochmals das Beispiel mit dem Knecht erwähnt, der irrtümlicherweise den Acker des Nachbarn pflügt - ist zunächst vom objektiven Wertersatz - diesfalls die übliche Vergütung für den Knecht - auszugehen. Erst jetzt, und an zweiter Stelle, ist die Frage nach der Haftungsbeschränkung und damit nach der Vermögensvermehrung zu stellen. Angewandt auf das Beispiel hat dies zur Folge, dass der Nachbar nur dann eine Vergütung für den Knecht bezahlen muss, wenn ihm dadurch effektiv eine Ausgabe in derselben Höhe (z.B. für einen eigenen Knecht oder Tagelöhner) erspart geblieben ist; nicht aber, wenn er den Acker bereits zu nicht-landwirtschaftlichen Zwecken verkauft hatte, und sich diesfalls das Pflügen als nutzlos erwiesen hat.

§ 6. ZUSAMMENFASSUNG

Ein klarer systematischer Aufbau lässt sich im Bereicherungsrecht nur dann verwirklichen, wenn zwischen dem Bereicherungsgegenstand - d.i. dasjenige, was der Bereicherungsschuldner konkret erlangt hat - und der Vermögensvermehrung - d.i. die vermögensmässige Auswirkung des primär Erlangten - präzis unterschieden wird.

Ausgangspunkt der Bereicherungshaftung bildet der konkret erlangte Bereicherungsgegenstand. Anspruchsbegründend ist nicht die "Bereicherung" im Sinne der Differenzgrösse zwischen der Vermögensvermehrung des Schuldners und der Vermögensverminderung des Gläubigers (so die traditionelle Lehre), noch die "Bereicherung" im Sinne einer Gleichsetzung mit der Vermögensvermehrung des Schuldners (so die Beeinträchtigungstheorie), sondern **a n s p r u c h s b e g r ü n d e n d i s t d i e U n g e r e c h t f e r t i g t h e i t d e s e r l a n g t e n B e r e i c h e r u n g s g e g e n s t a n d s** in dem Sinne, dass dasjenige, was der Bereicherungsschuldner erlangt hat, im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts des Gläubigers steht.

Aus der konkret am Bereicherungsgegenstand ausgerichteten Anspruchsbegründung ergibt sich, dass die Herausgabepflicht eine am Bereicherungsgegenstand orientierte, durch ihn bestimmt und begrenzte, **o b j e k t i v e W e r t e r s a t z p f l i c h t** ist. Sie ist objektiver Wertausgleich für ein durch Leistung, Eingriff oder Zufall verursachtes Zustandsunrecht und grundsätzlich unabhängig davon zu entrichten, ob den Bereicherungsschuldner ein Verschulden trifft.

Eine Ausnahme zugunsten des Gutgläubigen besteht lediglich insofern, als dieser das Fehlen oder das nicht mehr Vorhandensein der Vermögensvermehrung nachzuweisen vermag. Diesfalls wird die Wertersatzpflicht in dem Umfang herabgesetzt, als sie noch von der Vermögensvermehrung

gedeckt ist.

Die Voraussetzung der V e r m ö g e n s v e r m e h r u n g stellt damit eine erst im Zusammenhang mit dem Umfang (Art. 64 OR) - und nur beim Gutgläubigen - zu prüfende, zusätzliche Haftungsvoraussetzung dar. Es kommt ihr eine h a f t u n g s b e g r e n z e n d e F u n k t i o n zu und ist als Ausnahmeregelung vom Bereicherungsschuldner zu beweisen (Art. 8 ZGB). Sie erfüllt diejenige Aufgabe, die bei der traditionellen Lehre dem Schaden bei der Entstehungsvoraussetzung zukommt, während die Beeinträchtigungstheorie auf eine Haftungsbegrenzung verzichtet, was ihr erst die Ausgestaltung des Bereicherungsanspruchs als Gewinnherausgabeanspruch ermöglicht.

§ 7. PRAKTISCHE FALLBEISPIELE

Die nun nachfolgenden Fallbeispiele werden von jenem unlängst ergangenen Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes angeführt, der in eindrucklichster Weise die hier vertretene Auffassung wiedergibt ³⁵⁷. Wenn alsdann noch ein weiteres deutsches Urteil folgt, so rechtfertigt sich dies zunächst einmal deshalb, weil die deutsche Regelung des Bereicherungsrechts mit der schweizerischen weitgehend übereinstimmt, dann aber auch, weil sich die deutsche Rechtssprechung seit langem eingehend um ein neues bereicherungsrechtliches Verständnis bemüht hat, so dass die Früchte dieser Entwicklung hier nicht vorenthalten bleiben sollen. - Was die schweizerischen Gerichtsentscheidungen anbelangt, so sollen sie im Lichte der hier vertretenen Auffassung überprüft und allenfalls einer neuen Lösung zugeführt werden.

I. VERLETZUNG GEWERBLICHER SCHUTZRECHTE ("KUNSTSTOFFHOHLPROFIL II-FALL")

Nachdem der BGH in seinem Entscheid "Kunststoffhohlprofil I" (BGHZ 68, 90 = GRUR 1977, S. 250) einen Bereicherungsanspruch bei der Verletzung gewerblicher Schutzrechte ³⁵⁸für anwendbar erklärt hatte,

357 Dieser Entscheid - es handelt sich um ein BGH-Urteil vom 24.11.1981 = GRUR Mai 1982, S. 301 - wurde der Verfasserin erst am Ende ihrer Arbeit bekannt.

358 Einen Bereicherungsausgleich bei Urheberrechtsverletzungen wurde dagegen bereits in RGZ 90, 137 bejaht und seitdem unangefochtenermassen angewandt (z.B. BGHZ 20, 345, "Paul-Dahlke-Fall"). Lediglich für das Warenzeichenrecht fehlt es noch an einer ausdrücklichen höchstrichterlichen Anerkennung des Bereicherungsausgleichs; sie darf aber aufgrund eines obiter dictum des BGH im "Messmer II-Entscheid" (BGHZ 44, 375 = GRUR 1966, S. 375, 377, 379) ganz im Sinne einer konsequenten Fortentwicklung in naher Zukunft erwartet werden, zumal auch der Meinungsstand

die Frage nach dem Wertersatz - mithin ob von einem subjektiven oder von einem objektiven Wertbegriff auszugehen sei - jedoch bewusst offen gelassen hatte, entschied er sich nunmehr in "Kunststoffhohlprofil II" (BGH vom 24.11.1981 = GRUR Mai 1982, S. 301) auch in dieser bislang noch offenen Frage zugunsten eines objektiven Wertbegriffs.

Die Entscheidungsgründe halten dazu folgendes fest:

Bei der Entscheidung über die Frage, ob der Anspruch des Bereicherungsgläubigers auf die Zahlung einer angemessenen Lizenz zu begrenzen oder auf die Herausgabe des Verletzergewinns zu erstrecken sei, sei zunächst das aus der Bereicherung im Rechtssinne Erlangte zu bestimmen und sodann dessen Wert zu ermitteln. Rechtlicher Anknüpfungspunkt sei der **Z u w e i s u n g s g e h a l t** der Rechtsposition 359. Bei den gewerblichen Schutzrechten sei Gegenstand der Güterzuweisung die ausschliessliche Benutzungsbefugnis. Der Verletzer eines Schutzrechts müsse sich eine Befugnis an, die nach der Rechtsordnung grundsätzlich dem Schutzrechtsinhaber vorbehalten sei, Erlangen könne der Verletzer freilich die "Benutzungs-Befugnis" durch seine Handlung nicht. Nicht erlangt sei auch die tatsächliche Möglichkeit der Benutzung; diese Möglichkeit stehe allen offen, die den Inhalt des Schutzrechts kennen würden; daher bedürfe es zu ihrem Erwerb **n i c h t d e r E i n g r i f f s h a n d l u n g**. Aus der gleichen Erwägung könne auch

358 (forts.) im Schrifttum nichts anderes erwarten lässt. Vgl. BALZ, RabelsZ 45 (1981), S. 319: "Das künftig europäische Markenrecht wird ... den sich in Deutschland praeter legem abzeichnenden Paradigmawechsel - vom Deliktsrecht, also von objektivrechtlichen Spielregeln der Marktwirtschaft, zum eigentumsrechtlich verfestigten Immaterialgut - ... anerkennen, weiter beschleunigen und im Zusammenhang mit einer künftigen Harmonisierung der nationalen Zeichenrechte wahrscheinlich vollenden." KRASSER, GRUR Int. 1980, S. 260; Insbes. auch ULLMANN, GRUR 1978, S. 616 ff., der sich für einen "positiven Zuweisungsgehalt" der Warenzeichenrechte ausspricht. Auch wenn das Warenzeichenrecht allein ohne die zugehörigen Teile eines Unternehmens nicht übertragbar seien, so stehe dieser eingeschränkte Rechtsschutz dem Zuweisungsgehalt nicht entgegen. (Vgl. auch vorne FN 282).

359 Entgegen der hier vertretenen Ansicht stellt aber der BGH nur bei der Eingriffskondition auf den zuweisungsgehalt eines Rechts ab, während sich bei der Leistungskondition das "Erlangte" aus der Leistung ergebe (a.a.O., GRUR 1982, S. 303). Vgl. auch vorne FN 342 wo festgehalten wird, dass hinter beiden Anspruchstypen, der Leistungs- wie der Eingriffskondition, das ihnen gemeinsame haftungsbegründende Prinzip der Zuweisungswidrigkeit steht.

die L i z e n z e r s p a r n i s nicht als das primär Erlangte angesehen werden: Lizenz werde auch von denjenigen erspart, die den Verbotsbereich des Schutzrechts respektierten und folglich keine Verletzungshandlung vornehmen täten. Als das Erlangte müsse man den Gebrauch des immateriellen Schutzgegenstandes ansehen. Weitere Vorteile könnten sich als wirtschaftlicher Ausfluss dieses Gebrauchs beim Verletzer einstellen, müssten dies aber nicht. Ob diese wirtschaftlichen Vorteile vom Herausgabeverlangen umfasst werden könnten, darüber sei nicht bei der an rechtlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Bestimmung des Bereicherungsgegenstandes, sondern bei der vornehmlich an wirtschaftlichen Kriterien orientierten Wertbemessung zu befinden. Für die Wertbestimmung sei aber der objektive Verkehrswert des Erlangten massgeblich. Die Gegenansicht, nach welcher der konkret-individuelle Wert des Erlangten für den Bereicherungsempfänger herangezogen werden solle (wie z.B. KOPPENSTEINER, NJW 1971), verkenne, dass der objektive Gegenwert für den Gebrauch eines durch gewerbliche Schutzrechte bestimmten immateriellen Gegenstandes sich allein in der angemessenen Lizenz finde. Sie stelle die Wertschätzung dar, welche die verkehrsbeteiligten Kreise einem solchen Gebrauch entgegenbrächten. Allein in der angemessenen Lizenz, nicht dagegen in einer Gewinnherausgabe, könne sich daher der bereicherungsrechtliche Wertersatz verkörpern. Mit der angemessenen Lizenz werde erschöpfender Ersatz für den Wert des Erlangten geleistet. Die Herausgabe der aus dem Schutzrechtsgebrauch gezogenen Nutzungen komme daneben nicht in Betracht. - Eine Gewinnherausgabe lasse sich nur über § 687 II BGB (= Art. 423 OR) verwirklichen.

Mit Recht spricht PIETZCKER in seinen Anmerkungen zu diesem Urteil von einem Entscheid, der "in bewunderungswürdiger Ausgewogenheit von gedrängter Argumentation und Ueberzeugungskraft"³⁶⁰ gekennzeichnet sei.

Ausgangspunkt der Erwägungen für die bereicherungsrechtliche Anspruchsbegründung bildet denn auch das "Erlangte" im Sinne des erlangten "Gebrauch(s) des immateriellen Schutzgegenstandes" (und nicht etwa die Vermögensvermehrung). Es ist dies der "an rechtlichen Gesichtspunkten (mithin am 'Zuweisungsgehalt') ausgerichtete Bereicherungsgegenstand", der strengstens vom "wirtschaftlichen Ausfluss" des Erlangten, mithin von dessen Auswirkungen im Vermögen, zu unterscheiden ist.

360 PIETZCKER, GRUR 1982, S. 304.

Daraus folgt für den Herausgabeanspruch, dass auch dieser sich nur nach dem "objektiven Gegenwert für den Gebrauch" als solchen richtet, nicht aber auch den Gewinn miterfasst³⁶¹.

361 Ohne dass hier näher darauf eingetreten werden kann, enthält der angeführte Entscheid interessante Erwägungen hinsichtlich des Vorgehens bei der Ermittlung der Lizenzgebühr, wie z.B. der erhöhende Einfluss der Verzinslichkeit auf die Lizenzgebühr. Vgl. dazu auch BGH Urteil vom 24.11.81 "Fersenabstützvorrichtung", GRUR 1982, S. 286, das ebenfalls zur Lizenzermittlung nach Bereicherungsgrundsätzen Stellung bezieht. Weiterführend: ULLMANN, GRUR 1978, S. 615; KRASSER (GRUR Int. 1980, S. 259), der aber (S. 268) die objektive Wertersatzpflicht auch damit begründen will, dass die "einmal konsumierte Marktchance nicht zurückgegeben werden" könne; ein Argument, das der BGH im genannten Entscheid mit Recht abgelehnt hat, da an der Kundschaft keine absolute Zuweisung besteht. (Der BGH spricht vom "komplexen wirtschaftlichen Begriff, dem kein rechtlicher Zuweisungscharakter zukomme", a.a.O. S. 303). Ebenso BRANDER, GRUR 1980, S. 359, der zum Entscheid "Kunststoffhohlprofil I" (in welchem zunächst nur einmal ein Bereicherungsanspruch für gewerbliche Schutzrechte anerkannt wurde) festhält: "Diese Beurteilung beruht auf einer dogmatischen Grundentscheidung von grosser Tragweite. Der Satz, dass nach Recht und Billigkeit der rechtswidrig handelnde Verletzer, der wegen Schuldlosigkeit zum Schadenersatz nicht verpflichtet ist, wenigstens die aus der Verletzung gezogenen Vermögensvorteile an denjenigen herausgeben müsse, dem die gewerbliche Nutzung des verletzten Rechts ausschliesslich zugewiesen ist, hat zwar einen unmittelbar einleuchtenden Inhalt. Er klingt an, an die bekannte englische Richtermaxime 'This Court never allows a man to make profit by a wrong' (so auch SCHAUFELBERGER's Postulat, S. 222) zu der freilich zu bemerken ist, dass ... die patentrechtliche Gesetzgebung in den USA seit 1946 die Herausgabe des Gewinns, also eines zentralen Verletzervorteils, in Patentsachen abgeschafft und den verletzten Patentinhaber auf die Geltendmachung seines Schadens oder einer angemessenen Lizenzgebühr beschränkt." Ebenso ist in England die Frage nach der Gewinnherausgabe bei nicht schadenersatzpflichtigen (gutgläubigen) Verletzern zweifelhaft und umstritten. Vgl. mit weiteren Hinweisen auf das anglo-amerikanische Recht, KOENIG, S. 179 ff.; und (m.E. am besten) JAGMANN (S. 1-102), der nachweist, dass der amerikanische Restitutionsanspruch grundsätzlich ein Wertersatzanspruch ist, und dass nur der "conscious wrongdoer" in gewissen Fällen vorsätzlichen Verhaltens - bei "fraud" oder "duress" - einer über den Wertersatz hinausgehenden, jedoch dem Ermessen des Richters obliegenden Gewinnabschöpfung - "waiver of tort" oder

Mit PIETZCKER lässt sich dazu nur noch sagen: "Von Nutzungsmöglichkeiten, Marktchance und Lizenzersparnis wird man sich nunmehr verabschieden müssen ... Unter diesen Umständen ist in der Tat für den Gewinnherausgabeanspruch ... kein Platz."³⁶²

II. VERLETZUNG DES RECHTS AM BESTELLTEN PERSONENBILDNIS ("BUCHUMSCHLAGE-FALL")

ZR 79(1980) Nr. 98: Der beklagte Verlag hatte das Bild der Klägerin (einem ehemaligen Fotomodell), ohne deren Zustimmung als Titelbild für einen Buchumschlag verwendet.

Die Klägerin beruft sich unter anderem auf ihr Recht am eigenen Bild. In seinem Urteil sprach das Obergericht der Klägerin eine Genugtuungssumme von Fr. 2500.- zu.

Ausgangspunkt der Erwägungen bildet Art. 29 I URG, der die Wiedergabe eines bestellten³⁶³ Personenbildnisses von der Zustimmung der abgebildeten Person abhängig macht, ansonsten der "Abgebildete in seinem Recht am eigenen Bild verletzt" wird; es ist dies "ein Persönlichkeitsrecht und stellt als solches ein (u.a. das Urheberrecht beschränkendes) absolutes Recht dar, welches gegenüber jedermann wirkt und von jedermann beachtet werden muss" (S. 192).

Im vorliegenden Fall wurde das Bild von der Fotografin an den Beklagten weitergegeben, ohne dass das Fotomodell jemals seine Zustimmung zur Weiterverwertung gegeben hätte. Die Tatsache, dass ihr Bild bereits in einer Frauenzeitung veröffentlicht worden sei und zudem auch in Plakatgrösse im Kunsthaus ausgestellt gewesen sei, hätte den Beklagten weder zur Annahme verleiten dürfen, dass das Bild zum "Allgemeingut" (S. 194) geworden sei, noch vermuten lassen dürfen, die Klägerin habe die gemäss Art. 35 URG erforder-

361 (forts.) "constructiv trust" – unterstehe, was am ehesten noch mit der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag verglichen werden könne (A.M. SCHAUFELBERGER, S. 88 f., unter Hinweis v.a. auf KELLMANN, der aber von JAGMANN, gründlich widerlegt wird). Ueber die Gewinnherausgabe, hinten S. 160 ff.

362 PIETZCKER, GRUR 1982, S. 304.

363 Vgl. demgegenüber § 22 des deutschen KunstUrhG, das ein Recht am eigenen Bild auch dann anerkennt, wenn es sich nicht um ein bestelltes Personenbildnis handelt, wie z.B. ein mittels Teleobjektiv aufgenommenes Prominentenfoto, das alsdann weiterverwendet wird. Letzterer Tatbestand würde in der Schweiz nur über das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 28 ZGB, geschützt. Vgl. auch vorne FN 298.

liche "Zustimmung durch konkludentes Handeln" (S. 195) gegeben.

In Weiterführung der Erwägungen folgen dann - allerdings in wenig überzeugender Weise - Argumente, die nach Art. 49 I OR die Schwere des Verschuldens der Beklagten und das schwere Ausmass der immateriellen Unbill der Klägerin darzutun versuchen, um der Klägerin - was vom zahlenmässigen Ergebnis her durchaus gerechtfertigt erscheint - eine Summe von Fr. 2500. - als Genugtuung zuzusprechen.

Ausgehend vom Ergebnis und in Berücksichtigung der bis anhin geltenden Rechtspraxis zum Bereicherungsrecht, darf von einem durchaus billigen Entscheid gesprochen werden. Entspricht doch die Genugtuungssumme in etwa den üblichen Entschädigungshonoraren für derartige Zweckverwendungen von Fotografien. Lediglich was die "Schwere des Verschuldens" anbelangt, so muten die Erwägungen dazu doch eher an eine Verschuldungsfiktion denn an einen Verschuldungsnachweis an.

In Anwendung der hier vorgeschlagenen bereicherungsrechtlichen Grundsätze könnte nun aber gerade von einem Verschuldungsnachweis abgesehen werden. So hat der Beklagte eine Weiterverwertung eines bestellten Personenbildnisses vorgenommen, was aufgrund von Art. 29 I URG als "absolutes Recht" ausschliesslich der abgebildeten Person vorbehalten ist. Damit hat der Beklagte etwas erlangt, das im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Rechts am bestellten Personenbildnis steht und hat grundsätzlich einen objektiven Wertersatz (Entschädigungshonorar) zu leisten, unabhängig von einem allfälligen Schaden der Klägerin, aber auch unabhängig vom Verschulden des Beklagten. Hätte man im vorliegenden Fall die Gutgläubigkeit des Beklagten bejaht (was m.E. eher zutreffen würde), so hätte der Beklagte an sich nach Art. 64 OR den Nachweis des Fehlens einer Vermögensvermehrung erbringen können. Dieser Nachweis wäre deshalb gescheitert, weil in der Folge der Titelumschlag mit einem anderen Bild ausgewechselt wurde (es "lache nun auch auf der neuen Auflage ein anderes Mädchen", S. 196). Damit wäre aber die allfällige Einwendung, man hätte in Kenntnis des wahren Sachverhalts überhaupt auf ein Personenbildnis als Titelbild verzichtet und damit keine Ausgaben erspart, unbehelflich, so dass ein Entschädigungshonorar als objektiver Wertausgleich zu entrichten gewesen wäre.

III. ERSCHLEICHEN EINER DIENSTLEISTUNG ("FLUGREISE-FALL")

BGHZ 55 (1971), 128: Der minderjährige Beklagte flog mit einem gültigen Flugschein in einer Lufthansa-Linienmaschine von München nach Hamburg. Dort gelang es ihm, mit den Transitpassagieren das Flugzeug wieder zu besteigen und an dem Weiterflug nach New York teilzunehmen, ohne dass er im Besitz eines Flugscheins für diese Strecke gewesen wäre. Die klagende Lufthansa verlangt vom Beklagten den tariflichen Flugpreis für die Strecke Hamburg/New York.

Der BGH hiess die Klage in vollem Umfang gut.

In seinen Entscheidungsgründen lehnte der BGH zunächst eine Schadenersatzpflicht mangels eines Schadens der Klägerin - die Maschine war nicht voll besetzt gewesen - ab. Dagegen hielt er einen Bereicherungsanspruch für begründet. Eine Besonderheit sei allerdings darin zu erblicken, dass der Beklagte zunächst einmal geltend mache, sein Vermögen sei durch den Flug überhaupt nicht vermehrt worden, da die Reise für ihn einen Luxus darstelle, den er sich nie verschafft hätte, wenn er dafür hätte bezahlen müssen. Er habe also konkret nichts erspart; die Leistungen der Klägerin seien mit der Entgegennahme verbraucht worden. Zum anderen wäre dem Beklagten von Anfang an die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung bewusst gewesen.

Die aufgezeigte Diskrepanz lasse sich nicht dadurch vermeiden, dass bei der Entgegennahme von ihrer Natur nach nicht rückgabefähigen Dienstleistungen die Bereicherung schon in der Inanspruchnahme der Dienste gesehen werde, ohne dass es auf die Einsparung sonst notwendig gewordener Aufwendungen ankommen solle. Ebenso wenig könne man bei der Ermittlung der Bereicherung zwar nach den ersparten Aufwendungen fragen, diese dann aber danach bemessen, was die empfangene Leistung bei ordnungsgemäsem Vorgehen ganz allgemein gekostet hätte. Denn beide Male wäre der Gutgläubige benachteiligt, der im berechtigten Vertrauen auf den Bestand der ihm zuteilgewordenen Leistung etwas erlangt habe, was er sich sonst nicht verschafft hätte, und dem daraus auch kein anderweitiger Vermögensvorteil verblieben sei.

Die auftretenden Ungereimtheiten könne man dadurch bereinigen, indem die Bereicherungsansprüche primär auf das "Erlangte" oder dessen Wert gerichtet seien, der Begriff der "Bereicherung" dagegen als Massstab für die Begrenzung der Haftung verwendet werde. Der Grundgedanke des Bereicherungsrechts, dass die Herausgabepflicht des Gutgläubigen keinesfalls zu einer Verminderung des Vermögens führen dürfe, sei gerade in § 818 III BGB (= Art. 64 OR) enthalten. Damit könne sich der Beklagte nicht auf den "Wegfall der Bereicherung" berufen. Der Beklagte müsse sich "so behandeln lassen, als ob er etwas erspart und sein Vermögen dadurch vermehrt hätte" (a.a.O. S. 135).

Wenn auch nicht mit derselben Präzision³⁶⁴ wie im bereits erwähnten "Kunststoffhohlprofil II-Urteil", so hat doch der BGH in diesem Entscheid erstmals zwischen dem Bereicherungsgegenstand im Sinne des Erlangten und der Bereicherung im Sinne der Vermögensvermehrung unterschieden. Mit Recht weist er auch auf die haftungsbeschränkende Funktion der Bereicherung (§ 818 III BGB) hin. (Besser spräche man allerdings von der Vermögensvermehrung, da das Gesetz die Bezeichnung "Bereicherung" in verschiedenster Bedeutung wiedergibt.)

Im vorliegenden Fall musste denn auch der Beklagte einen Wertersatz in Höhe des normalen Linienflugtarifs bezahlen. Unnötig war aber die Feststellung des BGH, der Beklagte müsse sich "so behandeln lassen, als ob er etwas erspart hätte". Denn damit wird wiederum zu einer Fiktion gegriffen und der Anschein erweckt, der Bereicherungsanspruch könnte vermögensbezogen - statt gegenstandsbezogen - sein (richtig dann bei "Kunststoffhohlprofil II"); eine Formulierung, die lediglich Verwirrung stiftet und auch tatsächlich gestiftet hat: So wurde denn daraus abgeleitet, dass gegen den Gutgläubigen ein Bereicherungsanspruch bestehe, weil er bereichert sei, gegen den Bösgläubigen aber, weil er bösgläubig sei³⁶⁵; in der Tat ein befremdlich anmutendes Ergebnis.

364 So "rutschte" der BGH zwischendurch in seinen Erwägungen ab und zu in die vermögensorientierte Betrachtungsweise ab. Mit Ausnahme des zuletzt zitierten Satzes, wurden diese verwirrenden Abschweifungen hier weggelassen.

365 OSTENDORF, S. 229; BATSCH, NJW 1972, S. 611 (613); KOPPENSTEINER, NJW 1971, S. 1770; LIEB, NJW 1971, S. 1290; TEICHMANN, JUS 1972, S. 249.

Gegen eine solche Fiktion mit Recht CANARIS, JZ 1971, S. 560 f.; PINGER, MDR 1972, S. 101 (103); GURSKY, JR 1972, S. 282; GOETZKE, AcP 173, S. 308 ff.

IV. "WEGFALL DER BEREICHERUNG" BEI DER RUECKABWICKLUNG VON KAUFVERTRAGEN

A. Bei Bösgläubigkeit ("Sägewerk AG-Fall")

BGE 93 II 373: Der Beklagte kaufte für DM 29045.- Holz bei der Sägewerk AG, die ihrerseits das Holz bei der Klägerin in Rotterdam bestellte. In der Folge wurde über das Vermögen der Sägewerk AG der Konkurs eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt war das Holz noch nicht in Basel eingetroffen, und das Konnossement der Sägewerk AG auch noch nicht übertragen worden. Durch die anschliessend vorgenommene Uebertragung des Holzes an den Beklagten konnte kein Eigentum übergehen, so dass der "Beklagte ... bei der Ankunft des Holzes in Koblenz um dessen Wert bereichert (war). Dieser Wert war niedriger als der Betrag, für den die Klägerin der Sägewerk AG Rechnung gestellt hatte" (S. 378), er belief sich auf Fr. 26211.80.

"Nach dem Ausladen in Koblenz soll das Holz an Wert verloren haben. Der Beklagte will daher bei der Veräusserung Fr. 14500.- weniger gelöst haben als der Wert zur Zeit des Ausladens betragen hat. Er kann indessen nicht geltend machen, er sei nicht mehr um Fr. 26211.80 bereichert, denn er musste von Anfang an mit der Rückerstattung des Holzes rechnen (Art. 64 OR)." Denn der Beklagte wusste durch den Geschäftsführer der Sägewerk AG vom bevorstehenden Konkurs dieser Firma und auch, dass das Konnossement nicht eingelöst werden konnte. Bereits im Zeitpunkt des Ausladens in Koblenz "musste er sich auf die Rückerstattung des Holzes gefasst machen" (S. 379).

Ohne dass dieser Entscheid noch vieler erläuternder Worte bedarf, bringt er in klarer Weise zum Ausdruck, dass der Bereicherungsanspruch sich nach dem **W e r t d e s B e r e i c h e r u n g s g e g e n s t a n d e s** (in casu das Holz) richtet und grundsätzlich herauszugeben ist. Unnötig war deshalb der Hinweis auf Art. 64 OR. Denn diese Ausnahmebestimmung des gutgläubig Bereicherten ist **n i c h t H a f t u n g s g r u n d**, sondern **H a f t u n g s b e s c h r ä n k u n g**. Anspruchsbegründend ist allein die Ungerechtfertigtheit des Erwerbs, nicht aber die "noch vorhandene Bereicherung" im Sinne der Vermögensvermehrung.

B. Bei Gutgläubigkeit ("Mäklerprovision-Fall")

BGE 87 II 137: Ein Grundstückskaufvertrag erwies sich aufgrund eines Grundlagenirrtums als ungültig. In der Folge war streitig, ob der beklagte Verkäufer die Anzahlung von Fr. 50'000.- in vollem Umfang zurückzuerstatten habe, oder ob er Fr. 20'000.- für die Ausrichtung einer Mäklerprovision in Abzug bringen könne.

Das Bundesgericht ging von folgenden Ueberlegungen aus:

Wegen der Unverbindlichkeit des Kaufvertrags stehe dem Beklagten gegenüber dem Mäkler Eder ein Rückforderungsrecht auf die ausbezahlte Provision zu, ob deren Einbringlichkeit allerdings erhebliche Unsicherheiten bestünden, da gegen Eder 26 Verlustscheine im Betrage von rund Fr. 20'000.- vorlägen. Im Hinblick auf diese Unsicherheit habe denn die Vorinstanz "ex aequo et bono" den Wert des Rückforderungsanspruchs gegen Eder auf Fr. 10'000.- geschätzt, so dass der Rückerstattungsanspruch des Klägers in Anwendung von Art. 64 OR auf Fr. 40'000.- herabgesetzt worden sei. Dieses Vorgehen der Vorinstanz sei aber unzulässig; denn *massgebend für die Bereicherung sei der Vermögensstand*, und dieser werde nicht nur durch die Vermehrung von Aktiven, sondern auch durch die Verminderung von Passiven beeinflusst. Daraus folge aber weiter, dass die Bereicherung auch in einer Forderung bestehen könne. Massgebend sei, dass der Vermögensstand trotz der Geldausgabe derselbe geblieben sei. Ob der Beklagte seine Forderung gegenüber Eder wieder einbringen könne, sei entgegen der Meinung der Vorinstanz unerheblich. Denn nach Art. 64 OR komme es auf den Vermögensstand des Bereicherten (des Beklagten) im Zeitpunkt der Rückforderung an. Indem die Vorinstanz bei der Prüfung des Vorliegens der Bereicherung des Beklagten die Frage der Einbringlichkeit des Rückforderungsanspruchs gegenüber Eder in ihre Erwägungen einbezogen habe, habe sie Art. 64 OR in unzutreffender Weise angewandt.

(E. 4): Selbst wenn übrigens die Einbringlichkeit der Forderung gegenüber Eder eine Rolle zu spielen vermöchte, so fehlte ein Nachweis dafür, dass und inwieweit die Rückerstattungsforderung uneinbringlich sei. Die Annahme der Vorinstanz stütze sich nicht auf sichere Beweisergebnisse und Tatsachen, sondern auf blosse Vermutungen, auf eine "Schätzung ex aequo et bono". Damit sei den Anforderungen des Art. 64 OR nicht genüge getan. Insbesondere sei das Bestehen von Verlustscheinen aus den Jahren 1952/57 für die Frage der *heutigen* (1961) Zahlungsfähigkeit Eders nicht ohne weiteres schlüssig.

Abgesehen davon, dass das Bundesgericht für die Anspruchsbegründung von der Vermögensvermehrung des Schuldners ausgeht, und diese mit der "Bereicherung" gleichsetzt, vermag insbesondere jener (erste) Teil der Erwägungen nicht ganz zu überzeugen, der einen "Wegfall der

Bereicherung" mit der Begründung verneint, dass der Vermögensstand des Bereicherten derselbe sei, ob er aus Bargeld oder aus einer (unsicheren) Forderung bestehe³⁶⁶.

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre wiederum zunächst nur vom Bereicherungsgegenstand, mithin von den Fr. 50'000.- auszugehen gewesen. Denn sie stellen das Erlangte dar und sind deshalb grundsätzlich wieder zurückzuerstatten. Nur ausnahmsweise, wenn nämlich der Beklagte wie hier gutgläubig ist, ist auch nach der Vermögensvermehrung zu fragen.

Richtig ist, dass die Ausrichtung der Fr. 20'000.- als Mäklerprovision wieder zurückgefordert werden kann. Das Vorhandensein dieses Rückforderungsanspruchs allein vermag aber dem in Art. 64 OR verwirklichten Gedanken, dass nämlich der Gutgläubige nicht zum "Griff in die eigene Tasche" gezwungen werden soll, nicht gerecht zu werden. Vielmehr würde dieser Grundsatz gerade im Falle der Uneinbringlichkeit der Forderung missachtet.

Inwieweit auch dem Bundesgericht diesbezügliche Bedenken gekommen sind, als es in Erwägung 4 Ueberlegungen bezüglich der Einbringlichkeit der Forderung anstellte, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat damit das Bundesgericht den Kern der Sache getroffen. Denn es ist richtig, dass mit der "Vermutung" allein, mithin mit einer Schätzung "ex aequo et bono", der in Art. 64 OR geforderte Nachweis der nicht mehr vorhandenen Vermögensvermehrung nicht erbracht werden kann. Vielmehr muss im Zeitpunkt der gegen den Beklagten gerichteten Rückforderung auch die jetzige (mithin die gleichzeitige) Uneinbringlichkeit der Forderung gegen den Dritten nachgewiesen sein. Als unbehelflich muss aber die Einwendung gelten, dass der momentan zahlungsunfähige Dritte in naher oder ferner Zukunft der Forderung nachzukommen vermöge. Art. 64 OR stellt auf die Vermögensvermehrung im Zeit-

366 Wenn dem so wäre, welchem Zweck dienten dann wohl die Forfaitierungsgeschäfte?

punkt der Rückforderung ab, und diese V e r m ö g e n s v e r -
m e h r u n g d a r f n i c h t a n h a n d d e r h y p o -
t h e t i s c h e n E i n b r i n g l i c h k e i t v o n F o r -
d e r u n g e n e r m i t t e l t w e r d e n .

Ein gerechter Ausgleich kann nur dadurch geschaffen werden, dass der Bereicherungsschuldner die - im Zeitpunkt des gegen ihn angehobenen Rückforderungsanspruchs - nachgewiesenermassen uneinbringliche Forderung in Abzug bringen kann, dass er aber gleichzeitig die Forderung, die Verlustscheinsforderung oder die Forderung auf Ausrichtung einer Konkursdividende an den Bereicherungsgläubiger abtreten muss.

V. GUTGLAEBIGER ZWISCHENBESITZ - Art. 938 ZGB ALS LEX SPECIALIS ZU

Art. 62 OR?

BGE 71 II 91: Der Beklagte hatte gutgläubig gestohlene Ware gekauft und an einen gleichfalls gutgläubigen Dritten weiterverkauft. Der Eigentümer (Kläger) verlangt nun die Herausgabe des erzielten Kaufpreises. Das Bundesgericht wies die Klage mit folgenden Erwägungen ab:

Das in Art. 934 ZGB vorgesehene Verfolgungsrecht des Eigentümers bedeute nicht Anspruch auf Vermögensausgleich, sondern einfach Zugriff auf die Sache. Das ZGB kenne kein allgemeines Surrogationsprinzip; ein solches lasse sich insbesondere auch nicht aus Art. 202 SchKG ableiten.

Einem Bereicherungsanspruch würde die Weiterveräußerung der Sache durch den Beklagten nicht entgegenstehen. "Als Bereicherung gelte die Vermögensvermehrung." Diese könne bei einer Weiterveräußerung in Form des erzielten Preises fortgestehen, ja sie könne, wenn die Sache seinerzeit entgeltlich erworben worden sei, gerade in einem dafür erzielten Mehrpreis bestehen. Selbst wenn eine solche Bereicherung des Beklagten vorliege, so hätte aber der Kläger keinen Anspruch darauf, da der gutgläubige Zwischenbesitzer nach Art. 938 ZGB in allem zu schützen sei, was ihm die Sache an Vorteilen biete; auch ein Veräußerungsgewinn des Beklagten könne vom Kläger nicht beansprucht werden.

Im Regelfall des Art. 934 I ZGB spiele es für den Verfolgungsberechtigten gar keine Rolle, wieviel der jetzige Besitzer für die Sache bezahlt habe. Alsdann könne unmöglich von einer auf seine Kosten eingetretene Bereicherung eines Zwischenbesitzers durch den für die Sache erzielten Mehrpreis gesprochen werden. Selbst wenn das Verfolgungsrecht durch Art. 934 II ZGB (Auslösungspflicht) beschränkt sei, so sei jener Vorteil, den die Auslösungspflicht des Klägers für den Beklagten nach sich zu ziehen vermöchte, kein ungerechtfertigter, "sofern er sich überhaupt als Bereicherung bezeichnen" lasse.

Dem Bundesgericht ist in seinen Erwägungen insoweit zuzustimmen, als sich aus der Besitzesrechtsklage (Art. 934 ZGB) keine dingliche Surrogation ableiten lässt. Ebensowenig kann aus anderen gesetzlichen Vorschriften - insbesondere nicht aus Art. 202 SchKG³⁶⁷ - auf ein all-

367 Vielmehr steht die in Art. 202 SchKG getroffene Regelung, wonach der nach der Konkurseröffnung bezahlte Preis für eine vorher vom Konkursit verkaufte, fremde Sache in die Masse fällt, der Annahme einer allgemein geltenden dinglichen Surrogation entgegen; würde sich doch die soeben erwähnte Vorschrift damit als überflüssig erweisen.

gemeines Surrogationsprinzip geschlossen werden.

Nicht ganz zu überzeugen vermag aber jener Teil der Begründung, der einen Bereicherungsanspruch unter Hinweis darauf ausschliesst, dass der Veräusserungserlös eine Nutzung darstelle und deshalb aufgrund von Art. 938 ZGB nicht herauszugeben sei. Das Bundesgericht geht damit stillschweigend vom Veräusserungserlös als einer Nutzung aus - obwohl Art. 938 ZGB darob keine Stellung bezieht - und schliesst einen Bereicherungsanspruch gänzlich aus, ohne auch nur zu prüfen, ob und inwieweit Art. 938 ZGB *lex specialis* zu Art. 62 OR ist, m.a.W. einen abweichenden Teilbereich des generellen bereicherungsrechtlichen Anwendungsgebiets darstellt.

Soll eine Norm *lex specialis* zu einer andern Norm sein, so bedeutet dies nun nicht, dass erstere nur ein Unterfall von letzterer wäre. Liesse sich doch diesfalls die Subsidiarität der *lex generalis* gegenüber der *lex specialis* nicht rechtfertigen, da jeder "spezielle" Tatbestand dann stets automatisch auch unter die *lex generalis* zu subsumieren wäre. Vielmehr muss der "spezielle" Tatbestand mindestens in einer Hinsicht anders sein als alle anderen, der *lex generalis* subsumierbaren Tatbestände. Es liegt mithin eine Ueberschneidung vor, die aber vorliegen muss, ansonsten man nicht von *lex specialis* und *lex generalis* sprechen kann.

Für die hier interessierende Frage, ob die an den Besitz anknüpfenden Vorschriften auf der gleichen Funktion wie das Bereicherungsrecht, nämlich der Rückgabefunktion, beruhen, und nur hinsichtlich eines Teilbereichs - der Nutzungsherausgabe - eine Abweichung gegenüber den bereicherungsrechtlichen Regeln vorsehen, so dass sich deren Vorrang gegenüber der generellen bereicherungsrechtlichen Regelung rechtfertigen liesse, ist zunächst vom generellen Anwendungsbereich, mithin von Art. 62 OR, auszugehen.

Da sich nach der hier vertretenen Auffassung das bereicherungsrechtliche Anwendungsgebiet nach dem *Z u w e i s u n g s g e h a l t e i n e s s u b j e k t i v e n R e c h t s* bestimmt, der *B e s i t z* als ein Tatbestand tatsächlicher Gewalt nur Anknüpfungspunkt

für bestimmte Rechtsfolgen ist, selbst aber k e i n s u b j e k -
t i v e s R e c h t³⁶⁸ darstellt, fehlt damit den den Besitz regelnden
Vorschriften jene Mindestvoraussetzung - nämlich die Ausgestaltung
als subjektives Recht -, die es rechtfertigen liesse, sie als Teil-
bereich und damit als lex specialis der ungerechtfertigten Bereiche-
rung gelten zu lassen.

Wenn die den Besitz regelnden Vorschriften nicht an ein subjektives
Recht anknüpfen, so kann nicht anderes bezüglich der die Nutzungen
regelnden Verantwortlichkeitsansprüche gelten, denn die Anerkennung
von subjektiven Rechten wird durch den Sinn und den Zweck des Rechts-
instituts bestimmt und begrenzt und kann auch nicht in einer Einzel-
vorschrift, diesfalls Art. 938 ZGB, darüber hinausgehen.

Der Grund für die rechtliche Anerkennung des Besitzes und für die
daran anknüpfenden Verantwortlichkeitsansprüche (Art. 938-940 ZGB)
ist nun aber in der Friedenssicherung³⁶⁹ zu sehen; der Besitz will
nicht rechtlich anerkannte Zuweisung vermitteln -dies geschieht viel-
mehr aufgrund des dahinter stehenden absoluten oder relativen Rechts -,
sondern dem Friedensschutz dienen. Daraus leitet sich denn auch
die Hauptfunktion des Besitzes, nämlich die Publizitätsfunktion³⁷⁰, ab.
Der Besitz dient der Offenlegung eines dinglichen Rechts, nicht aber
der Zuerkennung eines dinglichen Rechts.

Mit der Annahme, dass Art. 938 ZGB lex specialis zu Art. 62 OR ist,
wird in unzulässiger Weise eine Vereinfachung der Rechtslage ange-
strebt, um so allfällig sich ergebende Widersprüche zu beseitigen.
Vielmehr bestehen aber Art. 938 ZGB und Art. 62 OR als gleichwertige

368 Ebenso HINDERLING, SPR V/1, S. 407 f., der dann aber die Frage
nach der Rechtsnatur des Besitzes als "umstritten" und "ohne
praktische Bedeutung" offen lässt. (a.a.O. S. 408).

369 HINDERLING, a.a.O. S. 448.

370 HINDERLING, a.a.O. S. 406 f.

Normen nebeneinander³⁷¹, allfällig sich ergebende Widersprüche³⁷² sollten dann ehrlicherweise als solche anerkannt werden und nicht - auf nicht minder problematische Weise - in dem Sinne vereinfacht werden, dass eine der Normen (Art. 62 OR) ohne jedwelche Rechtfertigung ins Abseits verdrängt wird³⁷³.

371 In der Vielzahl der Fälle stimmen denn auch die Ergebnisse überein:

Mietet z.B. jemand ein Auto und ist der Mietvertrag aus irgendwelchen Gründen ungültig, so kann sich der vermeintliche Mieter gegenüber der Mietgebühreforderung des Autovermieters nicht auf Art. 938 ZGB berufen mit der Begründung, dass er das Auto gutgläubig gebraucht habe. Denn Art. 938 ZGB schützt den Gutgläubigen nur insofern, als er eine Sache dem "vermuteten Rechte gemäss gebraucht"; "vermutet" ist nun aber gerade der mietgebührgemässe Gebrauch.

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man in Anwendung des Art. 62 OR: Wird eine fremde Sache gebraucht, so ist grundsätzlich ein objektiver Wertersatz zu leisten. Unbehelflich wäre damit auch die Einwendung des Fehlens einer Ausgabenersparnis, da dieser Einwendung gerade die Tatsache des Abschlusses eines Mietvertrages entgegenstünde.

372 Man denke z.B. an die "berühmte" Flasche Wein, die jemand austrinkt, weil er sie für geschenkt hält. In Anwendung des Bereicherungsrechts wäre grundsätzlich der objektive Wert der Flasche zu ersetzen. Infolge Gutgläubigkeit wäre ein Wertersatz aber nur dann geschuldet, wenn der vermeintlich Beschenkte auch in Kenntnis des wahren Sachverhalts diese (oder eine andere, gleichwertige) Flasche Wein getrunken hätte. (So wenn z.B. die vom abstinenter Verehrer zum Essen "eingeladene" Dame ihr Essen und damit auch den Wein selbst bezahlen muss; sie aber - als trinkfeste Person - auch sonst eine Flasche Wein getrunken hätte).

Inwieweit der Verbrauch (oder auch die Veräusserung) einer fremden Sache einen Fall gutgläubiger Sachnutzung darstellt, kann dagegen nicht mit dieser Eindeutigkeit beantwortet werden, oder muss zumindest in Frage gestellt werden, wenn man bedenkt, dass die Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 938/940 ZGB **a k z e s s o r i s c h** zum Herausgabeanspruch sind, letzterer aber die Herausgabe der Sache zum Gegenstand hat, was im Falle des Verbrauchs bzw. der Veräusserung der Hauptsache gerade nicht möglich ist. Dies würde bedeuten, dass dann, wenn ein solcher Hauptanspruch nie bestanden hat, auch ein solcher Nebenanspruch nicht geltend gemacht werden könnte.

Bejaht man dagegen die Anwendbarkeit der Verantwortlichkeits-

Geht man nun davon aus, dass das Gesetz im Zusammenhang mit den Besitzesvorschriften keinen (oder zumindest keinen klaren) Hinweis darüber enthält, was im Falle der unbefugten Weiterveräußerung einer fremden Sache zu geschehen hat, und berücksichtigt man desweiteren, dass das Gesetz im Falle der Verarbeitung, Verbindung und Vermischung (Art. 726/727 ZGB) einen Bereicherungsausgleich vorsieht, so lässt sich daraus ableiten, dass die Rechtsordnung nicht nur das Eigentum selbst, sondern auch dessen Wert schützen will, und dass - wie SIMONIUS zutreffend ausführt - "auf keinen Fall das Fehlen einer Erwähnung im Sachenrecht auf den Mangel eines Schutzes zu schliessen erlaubt." Und weiter: "Daraus folgt, dass auch im Falle der unbefugten Weiterveräußerung einer fremden Sache ein Bereicherungsausgleich stattfinden muss ... Denn das Recht zur Veräußerung gehört zum Inhalt des Eigentums und steht dem Eigentümer, wenn er nicht selbst oder das Gesetz einen Dritten ermächtigt, ausschliesslich zu"³⁷⁴. Dies besagt nun aber nichts anderes, als dass die von einem Dritten vorgenommene Verfügung im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts steht, und dass damit die Voraussetzung der Entstehung der Bereicherung erfüllt ist.

372 (forts.) ansprüche im Falle des Verbrauchs bzw. der Veräußerung einer fremden Sache, dann kann dies in der Tat - verglichen mit dem Bereicherungsanspruch - zu einem widersprüchlichen Ergebnis führen.

373 Vgl. HINDERLING (SPR V/1, S. 509), der festhält, dass sich "der Vorrang der Art. 938-940 vor den allgemeinen Bereicherungs- und Schadenersatzregeln nicht lückenlos durchführen" lasse; und dass selbst da, wo grundsätzlich die Art. 938-940 Anwendung fänden, ein Schweigen der lex specialis "nicht ohne weiteres eine negative Entscheidung" bedeute. Und weiter: "Die Frage, ob in einem solchen Fall nicht doch auf allgemeine Regeln des OR zurückgegriffen werden soll, kann nur unter Besinnung auf die grundsätzliche Wertentscheidungen der Rechtsordnung beantwortet werden. Die damit verknüpfte Problematik tut freilich der mit der lex specialis angestrebten Vereinfachung der Rechtslage etwelchen Abbruch." Und bezüglich des Veräußerungsgewinns hält er fest (S. 512): "Veräußerungsgewinn ist keine Nutzung."

374 SIMONIUS, S. 58.

Unbeachtlich ist damit der Einwand, dass der Eigentümer infolge der ihm immer noch zustehenden Vindikation gar nicht "entreichert" sei, denn die Zuweisungswidrigkeit stellt eine nicht vermögensmässige Entstehungsvoraussetzung dar. Ebenso unbeachtlich ist der weitere Einwand des Fehlens der Ungerechtfertigtheit der Bereicherung. Denn gleich wie der Kaufvertrag der Vindikation nicht hätte entgegengehalten werden können, vermag er nun die Zuweisungswidrigkeit als bereicherungsrechtlichen Haftungsgrund nicht zu beseitigen.

Damit ist dem Eigentümer grundsätzlich der objektive Wert der Sache zu ersetzen. Dem gutgläubigen Zwischenbesitzer obliegt es alsdann, den Nachweis dafür zu erbringen, dass die Wertersatzpflicht zu einer Verminderung seines Vermögens führen würde, es stellt dies aber eine Einwendung dar, die nicht den Haftungsgrund, sondern den Umfang der Haftung beschlägt (Art. 64 OR).

Wie im vorangehenden Fallbeispiel ("Sägewerk AG") vermag auch hier die Einwendung des vom Zwischenbesitzer selbst ausgelegten Kaufpreises allein nicht zu genügen³⁷⁵. Der Bereicherungsanspruch des Eigentümers ist nicht von vornherein auf den Gewinn (d.i. die Vermögensdifferenz zwischen dem An- und Verkaufspreis) beschränkt; würde doch damit der dem Zwischenbesitzer zustehende Rechtsgewährleistungsanspruch (Art. 192 ff. OR) gegenüber seinem Verkäufer ausser acht gelassen. Vielmehr ist auch hier der Nachweis zu erbringen, dass die Forderung aus Rechtsgewähr im Zeitpunkt des Bereicherungsanspruchs des Eigentümers uneinbringlich ist, sei es, weil über den Verkäufer der Konkurs eröffnet

375 Anders dagegen SIMONIUS (S. 59), der noch nach traditionellem Bereicherungsrecht vorgeht: "Da jedoch als Bereicherung nur der Betrag zu erstatten ist, der im Vermögen des Bereicherten einen Gewinn und zugleich im Vermögen des Entreicherten einen Verlust bedeutet, ist sowohl die Summe, die der Veräusserer selbst für die Sache ausgelegt hat, als der Wert, den der Eigentümer der Sache ersetzt bekommt, in Berechnung zu ziehen."

worden ist, sei es, weil er bereits fruchtlos ausgepfändet ist³⁷⁶, oder aber weil der Gewährleistungsanspruch verjährt ist.

Die soeben aufgezeigte Lösung erscheint auch im Lichte der Risiko-
verteilung gerecht. Denn auf diese Weise muss der Eigentümer nicht
mehr den Weg seiner abhanden gekommenen Sache verfolgen, sondern kann
sich an den einmal gefundenen Zwischenbesitzer halten, trägt dafür
aber das Risiko, weniger als den objektiven Wert seiner Sache zu er-
halten; ja unter Umständen muss er es in Kauf nehmen, leer auszugehen
(so wenn der gutgläubige Zwischenbesitzer z.B. die Sache verschenkt
hat, ohne dass er dabei Ausgaben für ein anderes Geschenk erspart
hat).

376 Sowohl die Forderung auf Ausrichtung der Konkursdividende wie
auch die Verlustscheinsforderung wären dabei wiederum dem Eigen-
tümer abzutreten.

VI. VOLLMACHTLOSE STELLVERTRETUNG ("SYSTEMBAU AG-FALL")

BGE 99 II 131: Zwischen der Beklagten und der Systembau AG bestand ein "Pauschal-Werkvertrag" für die Erstellung eines schlüsselfertigen Hauses. Nach Ziffer 6 dieses Vertrages hatte die Systembau AG die Arbeits- und Auftragsvergebung an Handwerker und Unternehmer in eigenem Namen vorzunehmen. Entgegen dieser Bestimmung schloss die Systembau AG im Namen der Beklagten einen Werkvertrag mit dem Kläger ab, der - nach Eintritt des Konkurses über die Systembau AG - seine Werklohnforderung gegen den Beklagten geltend machte. (Es bestand kein gesetzlich gesichertes Pfandrecht des Klägers.)

Dazu hielt das Bundesgericht unter anderem folgendes fest:

Infolge Fehlens einer vertraglichen Beziehung könne die Forderung nicht mit einem vertraglichen Anspruch begründet werden. Ebenso wenig hafte die Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung, da sich "die in den Bauarbeiten der Klägerin liegende Zuwendung an die Beklagte ... , von der Beklagten aus betrachtet, als eine vertragliche Leistung der Systembau AG" darstelle. Sie entbehre somit "vom Standpunkt der Beklagten aus nicht eines gültigen Grundes" und könne deshalb keine ungerechtfertigte Bereicherung bewirken.

Dagegen sei ein Anspruch aus Art. 672 ZGB gegeben, welcher gegenüber der ungerechtfertigten Bereicherung eine Sonderregelung darstelle. Diese Vorschrift würde selbst dann zur Anwendung kommen, wenn ein "allfälliger Vertrag zwischen der Klägerin und der Systembau AG" bestehen würde. Die Bemessung des Entschädigungsanspruchs richte sich aber nach den Regeln des Bereicherungsrechts. Demgegenüber sei die Beklagte nur bereichert, wenn der dem Bauaufwand der Klägerin zu verdankende objektive Mehrwert des Grundstücks den auf diesen Aufwand entfallenden Teil des Pauschal-Werkpreises" übersteige.

Auch in diesem Entscheid kann dem Bundesgericht nicht in allen Teilen der Begründung zugestimmt werden. Insbesondere bleibt unersichtlich, weshalb Art. 672 ZGB eine Rechtsfolgeverweisung auf die ungerechtfertigte Bereicherung sein soll, ein Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung aus Art. 62 OR aber deshalb verneint wird, weil die Zuwendung aus der Sicht des Beklagten nicht rechtsgrundlos erfolgt sei. Denn damit wird eine allein aus der Sicht des Empfängers gewonnene exceptio ex iure tertii zugelassen, ohne dass geprüft wird, inwieweit auch vom leistenden Kläger aus die Zuwendung in Beziehung zum Rechtsgrund gesetzt werden kann und muss, m.a.W., ob die Zuwendung nicht eine Erfüllungshandlung darstellt. Für die Inbeziehungsetzung der Zuwendung zu einem Rechtsgrund käme dabei ein Vertrag

zwischen der Klägerin und der Systembau AG³⁷⁷, oder aber ein Vertrag zwischen der Klägerin und der beklagten Grundeigentümerin in Frage.

Da im vorliegenden Fall unbestritten ist, dass die Systembau AG in vollmachtloser Stellvertretung gehandelt hat, damit aber nur ein Vertrag zwischen der Klägerin und der beklagten Grundeigentümerin in Betracht gekommen wäre, ein solcher nun eben nicht - auch nicht durch Anscheins- oder Duldungsvollmacht oder durch nachträgliche Genehmigung - zustandegekommen ist, ist die von der Klägerin an die Beklagte erfolgte Zuwendung in "Erfüllung" eines nicht zustandegekommenen Vertrages erfolgt. Daran vermag auch der Anspruch des Grundeigentümers gegen die Systembau AG nichts zu ändern, da dieser Anspruch dem Grundeigentümer kein Recht auf die Werkleistung des Klägers gibt. Damit steht aber dem Kläger ausser ein Schadenersatzanspruch gegen die Systembau AG aus Art. 39 I/II OR auch ein Bereicherungsanspruch gegen den Grundeigentümer zu.

Der Grundeigentümer hat somit grundsätzlich einen objektiven Wertersatz für das gelieferte Material und die geleistete Arbeit zu entrichten. Dieser objektive Wertersatz kann - muss aber nicht - mit dem objektiven Mehrwert des Grundstücks übereinstimmen. Jedenfalls ist es verwirrlich, wenn das Bundesgericht den Wert von Material und Arbeit nur dann als eine "aus dem Vermögen des Klägers stammende Bereicherung" betrachtet, "wenn sich der objektive Wert des Grundstücks und damit das Vermögen des Grundeigentümers infolge dieses baulichen Aufwandes um den gleichen Betrag erhöht"³⁷⁸ habe. Denn damit wird

377 Unzutreffend ist deshalb die vom Bundesgericht angeschnittene Frage (S. 142), dass es offen bleiben könne, ob zwischen der Klägerin und der Systembau AG ein Vertrag zustandegekommen sei. Denn würde ein solcher Vertrag bestehen - m.a.W. wäre die Systembau AG nicht als Vertreterin sondern als selbständige Vertragspartnerin aufgetreten -, dann wäre die Zuwendung des Klägers in Erfüllung seiner Leistungspflicht gegenüber der Systembau AG erfolgt, und er hätte keinen anderen als einen vertraglichen Anspruch gegenüber der Systembau AG.

378 BGE 99 II 146.

wiederum der Bereicherungsgegenstand als das konkret Erlangte (Arbeit und Material) mit der Auswirkung dieses Erlangten im Vermögen des Schuldners gleichgesetzt.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist demgegenüber zunächst nur vom objektiven Wert des Arbeitsaufwandes und des Materials auszugehen. Da der Grundeigentümer gutgläubig ist, kann er sich aber - und dies erst jetzt und an zweiter Stelle, nicht aber schon bei der Festsetzung des Haftungsgrundes - nach Art. 64 OR von der Wertersatzpflicht insoweit befreien, als er dadurch eine Verminderung seines Vermögens erleiden würde. Dies wäre stets dann der Fall, wenn er den Pauschal-Werkpreis bereits bezahlt hätte, und dieser Pauschalpreis auch nicht zu tief veranschlagt gewesen wäre, so dass das Grundstück einen diesen Pauschalpreis übersteigenden, jedoch auf die klägerische Leistung zurückzuführenden Mehrwert aufweisen würde. Dass nichts darauf ankomme, ob der Pauschalpreis bereits bezahlt worden sei oder nicht³⁷⁹, muss damit als unzutreffend abgelehnt werden. Denn statt dass jener Teil des noch nicht bezahlten Pauschalpreises, der dem Wertersatz entspricht, in die Konkursmasse geworfen wird (und damit allen Konkursgläubigern zugute käme), ist der Wertersatz an den Bereicherungsgläubiger zu leisten, kann dann aber vom Bereicherungsschuldner gegenüber dem Anspruch der Konkursmasse auf Bezahlung des Pauschalpreises (infolge nicht gehöriger Vertragserfüllung) in Abzug gebracht werden.

Wenn die hier aufgezeigte Lösung auch den Anschein gewisser in sich bergender Zufälligkeiten erwecken mag - kann doch der Bereicherungsanspruch des Gläubigers z.B. davon abhängen, ob der Pauschalpreis bereits bezahlt worden ist oder nicht -, so liegt dies daran, dass immer dann, wenn sich ein Bereicherungsausgleich in einer Dreierkonstellation abspielt, die sich widerstreitenden Interessen komplexer sind und nicht immer auf Gegenseitigkeit beruhen: Einerseits soll

379 A.a.O. S. 149.

der gutgläubige Grundeigentümer von keinem anderen als dem v o n ihm ausgesuchten Vertragspartner in Anspruch genommen werden; andererseits erscheint es aber auch unbillig, wenn der Grundeigentümer gegenüber der Leistung des Klägers, die weder aufgrund eines zwischen ihnen bestehenden Vertrages noch aufgrund eines mit der Systembau AG bestehenden Vertrages, sich auf einen Rechtsgrund aus einem Vertrag mit einem D r i t t e n soll berufen dürfen, weil damit - nur um der Verwirklichung des Empfängerschutzes willen - zu einseitig auf den Empfängerhorizont abgestellt würde. Diesem dem Bereicherungsschuldner zugedachte Schutz wird vielmehr in Art. 64 OR Rechnung getragen, ohne dass damit der Haftungsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung (mit dem Bundesgericht) verneint zu werden braucht^{380/381}.

380 Während sich der BGH in einem gleichgelagerten Fall (BGHZ 36, 30: "Idealheim-Fall") ebenfalls auf die Empfängerhorizontlehre berufen hat - es ist dies ein Entscheid, der denn auch vom Bundesgericht im soeben erwähnten BGE 99 II 135 zitiert wird -, so hat der BGH nun in einem neueren Entscheid (BGH WM 1978, 1053) mit der Begründung davon Abstand genommen, dass ein aus der Sicht des Empfängers gewonnener Leistungsbegriff gerade in Mehr-Personen-Verhältnissen nur zu Verwirrung führe.

381 Ein Vergleich mit Art. 672 ZGB zeigt, dass diese Vorschrift eine Konkretisierung der Art. 62 ff. OR darstellt. Gerade was die in Art. 672 III ZGB getroffene Regelung anbelangt, die - wie das Bundesgericht (S. 145) zutreffend ausführt - auch bei Gutgläubigkeit "beider Teile" Anwendung findet, so ist damit nichts anderes ausgesagt, als was nicht bereits mit Art. 64 OR ausgedrückt wird.

VII. ANWEISUNGSVERHAELTNISSE

A. Sachverhalt ("Meylan-Fall")

BGE 106 II 29 (= Pr. 70 Nr. 189): Die in London wohnhafte Klägerin, die ein Konto bei einer Bank in Genf besitzt, erteilte ihrem Vertreter Meylan Vollmacht, sie gegenüber der Bank zu vertreten. Meylan seinerseits schuldete der in Athen wohnhaften Beklagten, mit der er in geschäftlichen Beziehungen stand, 21259 für Warenlieferungen. Meylan gab der Bank Weisung, vom Konto der Klägerin 21259 auf das Konto der Beklagten zu überweisen. Der von der Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachte Bereicherungsanspruch wurde mit folgender Begründung abgewiesen:

Die Klägerin mache geltend, die Beklagte sei dank der auf Weisung von Meylan erfolgten Geldüberweisung auf ihre Kosten bereichert worden. Die Beklagte anerkenne, mit der Klägerin keine rechtlichen Beziehungen gehabt zu haben, die die streitige Ueberweisung zu rechtfertigen vermöchte. Trotzdem entbehre der von ihr erlangte Vorteil keines Rechtsgrundes, da die streitige Weisung in Erfüllung einer von Meylan ihr gegenüber eingegangenen Schuld erteilt und ausgeführt worden sei.

Das Bundesgericht unterstützte die von der Beklagten vorgetragenen Argumente: Die Rückerstattungsklage (Art. 62 OR) könne keine Leistung zum Gegenstand haben, die die Beklagte in guten Treuen gestützt auf einen gültigen Rechtsgrund von einem Dritten empfangen habe ("de bonne foi d'un tiers, en vertu d'une cause valable"). Nicht anders verhalte es sich, wenn sich der Dritte die für die Zahlung erforderlichen Mittel auf unerlaubte Weise zum Nachteil der Klägerin beschafft habe. Der Vorteil, der der Beklagten aus der Zahlung zukomme, werde ihr nämlich unmittelbar auf Kosten ihres Schuldners verschafft, und nur mittelbar auf Kosten der Klägerin. Vermindert werde also nicht das Vermögen der Klägerin, sondern dasjenige des Drittschuldners, an den sich die Klägerin zu halten habe. Uebrigens sei zweifelhaft, ob die Beklagte wirklich bereichert sei, wenn die Leistung eine Forderung gegen den Dritten tilge. Die Beklagte sei nicht unmittelbar auf Kosten der Klägerin, sondern auf Kosten eines Dritten, nämlich Meylan, bereichert. Den Vorteil, den sie aus dessen Zahlung erlangt habe, sei wohl nicht ohne jeden Zusammenhang mit der unbestreitbaren Entreicherung der Klägerin ("n'est certes pas sans bien avec l'appauvrissement incontestable de la demanderesse"). Meylan allein sei unmittelbar bereichert.

B. Bereicherungsrechtliche Besonderheit bei der Bestimmung des Konditionsverhältnisses

1. Unmöglichkeit der Bestimmung des Konditionsverhältnisses bei einseitigem Abstellen, sei es auf die Sicht des Empfängers, sei es auf die Sicht des Zuwendenden

Bei den Anweisungsverhältnissen ergibt sich eine gewisse bereicherungsrechtliche Besonderheit in dem Sinne, dass sich die Parteien des Konditionsverhältnisses nicht so ohne weiteres bestimmen lassen, da die zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger vorgenommene Zuwendung simultan auf zwei Rechtsgrundbeziehungen - das Valuta- wie das Deckungsverhältnis - einwirkt³⁸².

Dass es dabei auf den Vorgang der unmittelbaren Vermögensverschiebung nicht ankommen kann, beweist selbst die traditionelle Lehre, wenn sie einen Bereicherungsanspruch sowohl im Deckungs- wie im Valutaverhältnis mit der Begründung zulässt, der Bereicherungsanspruch entstehe unter d e n Personen, zwischen denen die "fehlerhafte grundlose Zuwendung stattgefunden"³⁸³ habe. Die Grundlosigkeit der Zuwendung bestimme sich desweiteren danach, ob die von den Parteien verab-

382 VON BUEREN (Bes. Teil, S. 309/310) formuliert dies so: "Vielmehr ist die Leistung des B (Angewiesener) an den C (Anweisungsempfänger) an und für sich ein ganz und gar grundloser Vorgang, und erst durch die Anweisung wird die kausale Grundlage gebildet. B und C geben bzw. empfangen nicht, weil sie in Rücksicht der Beziehung des einen zum anderen dazu Grund hätten, sondern weil sie Anweisung erhalten haben. Es ist demnach so, dass B, indem er an den C leistet, im Grunde genommen dem A (Anweisender) die Leistung macht, und dass C, indem er die Leistung von B entgegennimmt, sie im Grunde von A erhält. Die Anweisung hat es möglich gemacht, eine doppelte Vermögenszuwendung (B an A, A an C) mittels eines einzigen Leistungsvorgangs zu vollziehen."

383 Statt vieler: VON TUHR/PETER, S. 477.

redete oder vom Zuwendenden e i n s e i t i g bestimmte "causa" nicht erreicht worden sei oder - wie auch etwa gesagt wird -, ob der vom Zuwendenden gesetzte Zweck verfehlt worden sei³⁸⁴.

Für die Beurteilung der Ungerechtfertigkeit der Zuwendung wird damit in der herrschenden Lehre mit Recht nicht auf eine einseitig aus Empfängersicht gewonnene "causa" abgestellt³⁸⁵. Dies festzuhalten ist deshalb wichtig, weil nur auf diese Weise der Angewiesene davor geschützt wird, dass die von ihm vorgenommene Zuwendung an den Anweisungsempfänger gleichzeitig auch die Erfüllung seiner eigenen (gegenüber dem Anweisenden bestehenden) Schuldnerpflicht bewirkt. Denn der Angewiesene soll nicht Gefahr laufen, dass seine Erfüllungswirkung deshalb scheitert, weil die Schuld im Valutaverhältnis, auf das er keinerlei Einfluss hat, nicht besteht.

Kann das Konditionsverhältnis nicht aus der Sicht des Empfängers bestimmt werden, so stellt sich nunmehr die Frage, inwieweit die "Willensbildung des Zuwendenden"³⁸⁶ im Hinblick auf die Zweckbestimmung der Zuwendung ausschlaggebend sein kann.

Auch diese Auffassung weckt nun aber gewisse Bedenken. So bleibt denn unklar, mit welcher Begründung der Anweisende bei fehlerhaftem Valutaverhältnis zum Bereicherungsgläubiger gegenüber dem Anweisungsempfänger werden kann, da er doch selbst weder eine Zuwendung noch einen Zweck

384 VON TUHR/PETER (S. 200, 476); BUCHER, S. 600/601: "Die causa... darf nicht als Rechtsgrund im objektiven Sinn verstanden werden, sondern stellt einen s u b j e k t i v e n Tatbestand dar: die Intentionen des Leistenden, die bei der Leistungserbringung ausschlaggebend waren." Ebenso SCHAUFELBERGER, S. 209.

385 So aber BGE 106 II 29; und auch der BGH (erstmalig in BGHZ 40, 272: "Elektrogeräte-Fall", letztmalig in BGHZ 72, 246), gegen dessen Entscheidungen sich in zunehmendem Masse Kritik erhoben hat. Vgl. statt vieler: LARENZ Bes. Teil. § 68 III d, S. 485. Vgl. aber auch FN 380.

386 SCHAUFELBERGER a.a.O.

gesetzt hat, wenn man davon ausgeht, dass die Zuwendung des Angewiesenen zum Zwecke der Erfüllung der eigenen Schuld gegenüber dem Anweisenden vorgenommen wird³⁸⁷.

Desweiteren gilt es zu berücksichtigen, dass bei einseitigem Abstellen auf die Willensbildung des Zuwendenden, es dieser in der Hand hat, mittels seiner Zuwendung an den Anweisungsempfänger eine Erfüllung im Valutaverhältnis zu bewirken, ja die Erfüllungswirkung dem "Anweisenden" geradezu aufzudrängen. Dass dies allein das Richtige nicht sein kann, gibt denn wohl teilweise auch die herrschende Lehre zu, wenn sie in gewissen Fällen - wenn z.B. gar keine Anweisung vorliegt - "ausnahmsweise"³⁸⁸ eine direkte Kondiktion des Zuwendenden gegen den Zuwendungsempfänger erlaubt, obwohl auch in diesen Fällen die Zweckverfehlung im Deckungsverhältnis vorliegt³⁸⁹.

387 So halten VON TUHR/PETER (S. 200) dafür: "In der Reihe der Zwecke hat in der Regel nur der unmittelbar vor der Zuwendung liegende Zweck eine rechtliche Bedeutung: Nach ihm bestimmt sich der rechtliche Charakter der Zuwendung, d.h. die Gruppe von Rechtssätzen, denen die Zuwendung unterliegt. Diesen Zweck meint das OR, indem es in Art. 62 vom G r u n d e der Zuwendung spricht."

388 VON TUHR/PETER, S. 478 FN 270.

389 Ähnlich STAUDINGER (N 5 zu § 812): " ... hinter dem Merkmal der 'Zweckgerichtetheit' verbirgt sich die Frage, ob dieses Element subjektiv zu verstehen ist oder ob der objektiv erkennbare Bezug zu einem bestimmten Schuldverhältnis massgeblich sein soll ... Die 'Zweckgerichtetheit' der Leistung muss ferner mit der Funktion gesetzlich ausgeformter Rechtsinstitute in Verbindung gebracht werden. Wo dies unterbleibt, kommt es ... zu Fehleinschätzungen bei der Fixierung des Konditionsverhältnisses. Exemplarisch ist dafür die Kontroverse über die Frage, von wem der Drittzahler kondiziert, wenn sich herausstellt, dass die angenommene Valutaschuld nicht bestanden hat. Entgegen der ganz h.M. wollen hier einige Anhänger des vom BGH übernommenen Leistungsbegriffs ('bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens'; BGHZ 58, 184, 188) die Kondiktion 'übers Dreieck' zulassen, weil die Zweckrichtung der Leistung des Dritten allein in der Vermehrung des Vermögens des (vermeintlichen) Schuldners gesehen wird." (Genauso das Bundesgericht im zitierten "Meylan-Entscheid").

2. Bestimmung des Konditionsverhältnisses nach Massgabe der normativen Zuwendung

Um die soeben erwähnten Ungereimtheiten zu beseitigen, darf die "causa" der Zuwendung weder einseitig aus der Sicht des Anweisungsempfängers noch einseitig aus der Sicht des Zuwendenden beurteilt werden. Vielmehr ist die Zuwendung einem Rechtsgrundverhältnis als ganzem in dem Sinne zuzuordnen, dass sie zum Vertragsinhalt der Deckungs- bzw. der Valutavereinbarung geworden sein muss. Nur auf diese Weise kann die Zuwendung rechtlich einer anderen Person als dem Zuwendenden zugewiesen werden, so dass die reale Zuwendung die Erfüllung der normativen Zuwendung³⁹⁰ darstellt. Denn damit eine Zuweisung in zuweisungswidriger Weise erlangt sein kann - und dies ist ja die Entstehungsvoraussetzung des Bereicherungsanspruchs - muss sie zuerst einer Person rechtlich zugewiesen worden sein. So weist in der Deckungsvereinbarung der Angewiesene die Zuwendung dem Anweisenden und in der Valutavereinbarung der Anweisende die Zuwendung dem Anweisungsempfänger zu. Der Angewiesene wird damit zum Erfüllungsgeschehen des Anweisenden.

Wird die Zuwendung in Erfüllung der zustandegekommenen Deckungsvereinbarung vorgenommen und erweist sich die Deckungsvereinbarung in der Folge aus irgendwelchen Gründen als ungültig, so hat damit der Anweisende die in der Deckungsvereinbarung ihm zugewiesene Zuwendung in zuweisungswidriger Weise erlangt, so dass ein Bereicherungsanspruch nur gegen den Anweisenden gegeben ist. Dagegen steht der Bereicherungsanspruch dem Anweisenden zu, wenn der Angewiesene als Erfüllungsgeschehen des Anweisenden eine nicht bestehende Schuld des Anweisenden "erfüllt", da die Zuwendung durch die Deckungsvereinbarung normativ

390 Auch PINGER (AcP 179, S. 334 f.) verwendet den Ausdruck der "normativen Zuwendung".

dem Anweisenden zugewiesen ist³⁹¹. Sind beide Rechtsgrundbeziehungen ungültig, ändert dies nichts an der einmal vorgenommenen normativen Zuwendung; ein bereicherungsrechtlicher Durchgriff des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger ist damit ausgeschlossen³⁹². Dies erscheint nicht nur dogmatisch folgerichtig, sondern wird auch der Interessenlage der Parteien am besten gerecht, weil die Einwendungen und Einreden der jeweiligen Rechtsgrundbeziehungen verschieden sind und dem jeweiligen Bereicherungsschuldner erhalten bleiben müssen.

Damit entfallen aber auch die sog. "Ausnahmefälle", in denen die herrschende Lehre keine Erklärung dafür geben kann, weshalb beispielsweise bei Fehlen einer Anweisung ein Bereicherungsanspruch des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger gegeben sein soll, obwohl auch hier - käme es auf die einseitige Zwecksetzung an - die Zuwendung dem Anweisenden zugewiesen wird. Die unterschiedliche Lösung ist zwingend, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass die Zuwendung nur dann einer anderen Person als dem Zuwendenden rechtlich zugewiesen sein kann, wenn sie auf einer Zuweisungsvereinbarung beruht.

Fehlt es nun beispielsweise an einer Anweisung, dann kann die Zuwendung nicht dem vermeintlich Anweisenden zugewiesen werden, da es bei der für die Erfüllungshandlung notwendigen Deckungsvereinbarung an einer Offerte (Anweisung) fehlt, so dass gar keine Deckungsvereinbarung zustandegekommen ist. Damit stellt die Zuwendung nicht eine Erfüllungshandlung im Valutaverhältnis dar und kann auch nicht vom Zuwendungsempfänger einseitig - unter Berufung auf "seine causa" - in eine

391 Auch die Angabe des Verwendungszwecks bei einem Ueberweisungsauftrag auf dem Ueberweisungsträger (z.B. auf der Rückseite eines Girozettels) vermag nichts daran zu ändern, denn diese Mitteilungen sind vom Anweisenden an den Anweisungsempfänger gerichtet und werden (in der Regel von einer Bank oder einer Post) aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht weitergeleitet.

392 Ebenso einen Durchgriff verneinen: VON TUHR/PETER, S. 478 FN 28, unter Hinweis auf ZR 33(1934) Nr. 151; VON CAEMMERER, JZ 1962, S. 388 f.; LARENZ SchR II, § 68 III b, S. 536.

solche umgewandelt werden. Nichts Gegenteiliges ergibt sich bei Gutgläubigkeit des Zuwendungsempfängers, dessen Schutz ja in Art. 64 OR Rechnung getragen wird. Folge davon ist, dass der Zuwendende (in der Regel eine Bank) einen Bereicherungsanspruch gegenüber dem vermeintlichen Anweisungsempfänger hat, und dass letzterer nur dann nicht einen vollumfänglichen Wertersatz für die erlangte Zuwendung zu leisten hat, wenn er im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs eine Vermögensverminderung eintreten liess, indem er z.B. die Forderung verjähren liess oder Sicherheiten aufgab oder wenn zwischenzeitlich - m.a.W. nach erfolgter Zuwendung³⁹³ - der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet wurde, so dass seine Forderung nun uneinbringlich geworden ist.

Ebenso wie bei Fehlen einer Anweisung ist zu entscheiden: bei Widerruf einer Anweisung (Art. 470 II und III OR), bei doppelter Ausführung einer Anweisung, bei Mehrüberweisung, dann aber auch bei Fälschung oder Verfälschung einer Anweisung³⁹⁴. In all diesen Fällen ist infolge

393 Bei vorgängiger Konkurseröffnung kann nicht von einer "im Vertrauen auf den Erwerb" verursachten Vermögensverminderung gesprochen werden. Denn auch ohne die Zuwendung wäre der Gläubiger zum "Griff in die eigene Tasche" gezwungen worden, so dass der Kausalzusammenhang nicht gegeben ist.

394 In eben diesen Fällen befürworten ausnahmsweise einen Durchgriff (wobei nach hier vertretener Auffassung es sich eben nicht um einen Durchgriff handelt): VON TUHR/PETER, S. 478 FN 28; VON CAEMMERER, JZ 1962, S. 387; LARENZ, Schr II, § 68, S. 541; CANARIS, FS LARENZ, S. 799 ff., MEDICUS, Rdn 677; PINGER, AcP 179, S. 315; STAUDINGER § 812 Rdn 51; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 49. Auch in der neueren deutschen Rechtsprechung wird - kontinuierlich, in Bestätigung der bereits so entschiedenen Fälle - der Durchgriff befürwortet: BGHZ 66, 362 (Einlösung eines nicht unterschriebenen Checks); BGHZ 66, 372 (Ueberweisung von Geld an den falschen Empfänger); BGHZ 67, 75 (Ausführung der Anweisung nach Konkurseröffnung des Anweisenden); BGHZ 69, 186 (Ueberweisung von Geld durch eine Bank ohne dass eine Anweisung vorlag, wobei das Gericht betonte, dass die Bank die Leistung nicht dem Kundenkonto belasten könne, weil der Kunde die Leistung nicht veranlasst habe und ihm somit nicht als Leistung zugerechnet werden könne.

Fehlens einer normativen Zuwendung an eine andere als die zuwendende Person, letztere selbst Bereicherungsgläubigerin. Handelt es sich hierbei um eine Bank, so bedeutet dies, dass die Bank nicht das Konto des Kunden belasten kann, da es an einem diesbezüglichen Ueberweisungsauftrag fehlt³⁹⁵, und der Kunde ist nicht gehalten, selber dafür Sorge zu tragen, dass er wieder zu seinem Geld kommt³⁹⁶.

C. Sachverhaltslösung

Es sei nochmals kurz der Sachverhalt in Erinnerung gerufen: Die Bank überweist auf Anweisung des Vertreters der Klägerin einen Geldbetrag an die Beklagte, die ihrerseits eine Forderung gegen den Vertreter hat; zwischen der Beklagten und der Klägerin bestehen keinerlei Rechtsbeziehungen.

Für die Frage, ob die Klägerin gegen die Beklagte einen Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des erlangten Geldbetrages hat, ist - in Anwendung der vorgängig gemachten Ausführungen - zunächst zu prüfen, ob die Ueberweisung in Erfüllung einer normativen Zuwendung erfolgt ist.

395 An einem Ueberweisungsauftrag fehlt es auch dann, wenn eine Anweisung überschritten wird oder wenn an die falsche Person überwiesen wird.

396 Auch vom Standpunkt des Interessenausgleichs aus betrachtet ist diese Lösung nicht unbillig. Müsste doch andernfalls der vermeintlich Anweisende unter Umständen zwei Prozesse führen: zuerst einen gegen den Zuwendungsempfänger, alsdann - bei Uneinbringlichkeit der Rückforderung z.B. infolge Konkurses oder infolge Verrechnung - noch einen zweiten Prozess gegen den "Angewiesenen" aus nicht gehöriger Auftragserfüllung. In diesem zweiten Prozess müsste er aber einen Schaden nachweisen können, was ihm dann nicht gelingen würde, wenn eine Forderung tatsächlich bestand, er diese nur nicht erfüllen wollte, weil sie z.B. kurz vor der Verjährung stand, oder weil sie bereits verjährt war - die verjährte Forderung stellt eine Naturalobligation dar und ist damit erfüllbar -, so dass in diesen Fällen der vermeintlich Anweisende letzten Endes das Nachsehen hätte.

Damit die Bank Erfüllungsgehilfe der Klägerin sein kann, muss zwischen der Bank und der Klägerin eine Deckungsvereinbarung in dem Sinne zustandegekommen sein, dass darin die Zuwendung an die Beklagte zum Vertragsinhalt gemacht worden ist. Da aus dem Sachverhalt nichts hervorgeht, was auf eine gegenüber der Bank wirksam vorgenommene Beschränkung der Vollmacht oder auf einen Widerruf der Vollmacht schliessen lässt, ist der Ueberweisungsauftrag - Offerte zur Deckungsvereinbarung - als mit Wirkung in der Person der Klägerin entstanden zu betrachten. Und da desweitern zwischen der Klägerin und der Beklagten keine Rechtsbeziehungen bestehen, erfolgt die Ueberweisung des Geldbetrages - Akzept zur Deckungsvereinbarung, zumindest durch konkludentes Handeln - in "Erfüllung" einer vermeintlichen Schuld der Klägerin gegenüber der Beklagten, m.a.W. die Zuwendung wird in "Erfüllung" einer nicht vorhandenen Valutaverpflichtung vorgenommen. Damit ist die Beklagte auf Kosten der Klägerin bereichert, m.a.W. die Klägerin hat den Geldbetrag in zuweisungswidriger Weise erlangt.

Unbehelflich ist es, wenn die Beklagte sich auf eine "causa" mit einem Dritten beruft. Denn eine "causa" ist nur dann Behaltensgrund, wenn die reale Zuwendung in Erfüllung der normativen Zuwendung vorgenommen wird. Daran vermag - entgegen dem Bundesgericht ³⁹⁷ - auch die Gutgläubigkeit der Beklagten nichts zu ändern. Dem Vertrauen in die Endgültigkeit des Erwerbs und in die Tilgung ihrer Forderung wird in Art. 64 OR in genügender Weise Rechnung getragen. Nur dann, wenn sich

397 So beurteilt das Bundesgericht das Konditionsverhältnis einseitig aus der Sicht des Empfängers; eine Betrachtungsweise, die gerade in Mehr-Personen-Verhältnissen als untauglich abgelehnt werden muss. Etwas zusammenhanglos mutet denn auch die Schlussbemerkung an, die da lautet: "La défenderesse n'est en outre pas enrichie directement aux dépens de la demanderesse, mais d'un tiers, Meylan. L'avantage qu'elle a tiré du paiement de Meylan n'est certes pas sans bien avec l'appauvrissement incontestable de la demanderesse. Toutefois, Meylan s'est seul enrichi." (a.a.O., S. 32).

die vermögensrechtliche Situation der Beklagten infolge der Zuwendung tatsächlich negativ in dem Sinne verändert hat, dass sie infolge des Herausgabeanspruchs einen Vermögensnachteil erleiden würde - weil z.B. die Forderung verjährt ist oder weil in der Zwischenzeit über das Vermögen des Schuldners der Konkurs ausgebrochen ist -, erfolgt im Umfang der nachweislichen Uneinbringlichkeit der Forderung eine Herabsetzung der Wertersatzpflicht.

5. KAPITEL: ABGRENZUNG VON WERTERSATZ UND GEWINNHERAUSGABE

§ 1. KEINE GEWINNHERAUSGABE NACH BEREICHERUNGSRECHT

Neben einem konkret am Bereicherungsgegenstand ausgerichteten Wertersatzanspruch ist im Bereich von Art. 62 OR kein Platz mehr übrig für einen Gewinnherausgabeanspruch, will man nicht - in systemwidriger Weise - die Rückgabefunktion mit der Abschöpfungsfunktion verbinden³⁹⁸. Denn ein Gewinnherausgabeanspruch liesse sich nur dann begründen, wenn nicht mehr nach dem konkret erlangten Bereicherungsgegenstand, sondern nach dessen Auswirkungen im individuellen Schuldnervermögen gefragt würde. M.a.W., massgeblich wäre die abstrakte, schuldnerische Gesamtvermögensdifferenz vor und nach dem bereichernden Ereignis, die - trotz Gleichbleibens³⁹⁹ des Bereicherungsgegenstands - je nach der schuldnerischen Vermögensdisposition unterschiedlich ausfiele und damit einseitig am Bereicherungsschuldner ausgerichtet wäre. Anknüpfungspunkt könnte nicht mehr der durch den Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts bestimmte und begrenzte Bereicherungsgegenstand sein, vielmehr würde die Eingriffshandlung die Beziehung zwischen dem Bereicherungsgläubiger und der Vermögensvermehrung, die zugleich Bereicherung im Sinne des Gesetzes wäre, schaffen.

398 Eine Gewinnherausgabe auf der Grundlage des Bereicherungsrechts befürworten aber: JAKOBS, S. 113 ff.; KELLMANN, S. 132 ff.; HAINES, S. 127 ff.; SCHAUFELBERGER a.a.O. und ESSER, § 104 II, S. 368 (letzterer obwohl er auf den Zuweisungsgehalt eines Rechts abstellt, darunter aber - ohne Begründung - auch die Gewinnerzielung versteht).

399 Weshalb denn etwa von der "statischen" Natur des Bereicherungsrechts - im Gegensatz zur "dynamischen" des Deliktsrechts - gesprochen wird; vgl. FIKENTSCHER, § 97 II 2, S. 562.

Die Ausglei chung des Zustandunrechts - und es ist dies doch die Grundfunktion des Berei cherungsrechts - wür de mit am Verhaltensunrecht orientierten Sanktionsgedanken ergänzt.

Nichts Gegenteiliges lässt sich aus den Besitzesregeln (Art. 938/940 ZGB) ableiten, durch deren analoge Anwendung teilweise ebenfalls versucht wird, eine Gewinnherausgabe zu begründen⁴⁰⁰. Dieses Vorgehen weckt insofern Bedenken, als insbesondere im Bereich der Immaterialgüterrechte, wo die Gewinnherausgabe ihr Hauptanwendungsgebiet hat, jenes die Analogie rechtfertigende **B e s i t z e s m o m e n t** fehlt. Die Immaterialgüter sind potentiell ubiquitäre Güter und stehen dem Rechtsinhaber auch dann noch zur Nutzung zur Verfügung, wenn sie gleichzeitig von einem Dritten verwertet werden. Zudem muss es fraglich erscheinen, inwieweit die Sachnutzung als **a k z e s s o r i s c h e** Frucht zur Muttersache dem aufgrund eigener wirtschaftlicher Tätigkeit erzielten Gewinn gleichgesetzt werden kann und darf, oder ob damit nicht vielmehr zwischen zwei nicht gleichgelagerten Tatbeständen ein Analogieschluss gezogen wird⁴⁰¹.

Um einer sauberen dogmatischen Lösung willen sollte deshalb jene Auffassung, die eine Gewinnherausgabe im Berei cherungsrecht untergebracht wissen will, abgelehnt werden. Vielmehr ist die Gewinnherausgabe - gemäss ihrem angestammten Funktionsbereich - in der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) zu belassen.

400 So SCHAUFELBERGER, S. 207, 213, 227.

401 Vgl. auch vorne S. 138 f.

§ 2. GEWINNHERAUSGABE AUFGRUND DER UNECHTEN GESCHAEFTSFUEHRUNG OHNE
AUFTRAG (Art. 423 OR)

I. UNECHTE GESCHAEFTSFUEHRUNG OHNE AUFTRAG ALS VERBINDUNGSGLIED
ZWISCHEN UNERLAUBTER HANDLUNG UND UNGERECHTFERTIGTER BEREICHERUNG

Nach Art. 423 OR hat derjenige, der ein fremdes Geschäft zum eigenen Vorteil führt oder - wie die Marginalie zu dieser Vorschrift (un)trefflich festhält - "eine Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers" vornimmt, die daraus entspringenden Vorteile herauszugeben.

Ungeachtet der im Anschluss an die echte Geschäftsführung ohne Auftrag getroffenen systematischen Einordnung dieser Bestimmung in die zweite Abteilung des Obligationenrechts, die den einzelnen Vertragsverhältnissen gewidmet ist, geht aus dem Wortlaut dieser Bestimmung unschwer hervor, dass es sich bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag nicht um einen auf Willenseinigung der Parteien beruhenden Entstehungsgrund einer Obligation handelt. Auch fehlt es - und dies im Gegensatz zur echten Geschäftsführung ohne Auftrag - an einem auf Hilfsbereitschaft ausgerichteten Willen des Geschäftsführers, f ü r den Geschäftsherrn und in s e i n e m Interesse zu handeln. Vielmehr "bemächtigt sich (der Dritte) einer Stellung, die ihm nicht zukommt und führt ein fremdes Geschäft zum eigenen Vorteil"⁴⁰². Diese auf Eigennutz ausgerichtete Tätigkeit hat mit der fremdgerichteten (echten) Geschäftsführungstätigkeit nur wenig gemein und wird mit der Bezeichnung "unechte Geschäftsführung ohne Auftrag" in unklarer Weise ausgedrückt. Wird damit doch lediglich darauf hingewiesen, dass das Gesetz in Art. 423 OR eine Fiktion in dem Sinne vornimmt, dass derjenige, der sich ein fremdes Geschäft anmasst, so gehalten wird, wie wenn er beauftragter Geschäftsführer wäre, und dass er deshalb - als Sanktion dieser seiner Anmassung - den dabei erzielten Vorteil (Gewinn) herauszugeben hat.

Der Frage, ob es allein um dieser Fiktion willen gerechtfertigt erscheint, die sog. unechte Geschäftsführung ohne Auftrag im Rahmen der

402 BGE 97 II 177.

besonderen Vertragsverhältnisse zu regeln, soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Jedenfalls lässt sich zu Recht die Meinung vertreten, dass die Geschäftsanmassung als selbständiger gesetzlicher Entstehungsgrund einer Obligation eher bei den allgemeinen Entstehungsgründen, mithin neben Art. 41 und Art. 62 OR. zu plazieren gewesen wäre⁴⁰³. Als Hinweis für die falsche systematische Einordnung dieser Bestimmung kann auch die von Lehre und Rechtsprechung⁴⁰⁴ statuierte einjährige Verjährungsfrist bei den Ansprüchen aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag gewertet werden, wohingegen aufgrund der Gesetzessystematik die ordentliche Frist von zehn Jahren (Art. 127) massgeblich wäre.

II. ENTSTEHUNG DER UNECHTEN GESCHAFTSFUEHRUNG OHNE AUFTRAG

A. Objektive Voraussetzung: Führung eines fremden Geschäfts

1. Lehre

Die herrschende Lehre versteht unter der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag die Führung fremder Geschäfte im Sinne der A u s ü b u n g f r e m d e r s u b j e k t i v e r R e c h t e⁴⁰⁵. Geschäftsherr im Sinne des Art. 423 OR kann mithin nur derjenige sein, in dessen ihm zur Ausübung überlassenen subjektiven Rechte eingegriffen und von einem andern ausgeübt bzw. ausgebeutet werden.

Nicht zu genügen vermag dagegen die blosser Verletzung subjektiver Rechte, "denn der Geschäftsherr kann seine Rechte nicht verletzen sondern nur ausüben"⁴⁰⁶. Der Geschäftsanmasser handelt an Stelle des Geschäftsherrn,

403 So HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 177. Ebenso beklagt WOLF (SJK 1077, S. 3): "Die unrichtige systematische Einordnung... hat sich bis auf den heutigen Tag ungünstig ausgewirkt; sowohl von der Literatur als von Anwälten und Richtern werden immer wieder Anwendungsfälle der unechten G.o.A. übersehen."

404 BGE 86 II 26, HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 196.

405 HOFSTETTER, ZBJV 100, S. 239 ff.; ders., SPR VII/2, S. 209; GUHL/MERZ/KUMMER, § 49.3, S. 470; MOSER, S. 163; ders. SJZ 42, S. 4; Th. FISCHER, S. 15.

406 MOSER, S. 163.

er handelt in unberechtigter - da angemasster - interner Stellvertretung, er handelt mithin widerrechtlich. Jede Geschäftsanmassung stellt eine widerrechtliche Eingriffshandlung dar und wird mit der Herausgabe des Eingriffserwerbs sanktioniert. Nicht aber lässt sich auch umgekehrt sagen, dass jeder "Eingriff in eine fremde Rechtssphäre"⁴⁰⁷ oder - wie auch etwa gesagt wird - die "Beeinträchtigung der Interessen des Geschäftsherrn"⁴⁰⁸ (sog. Eingriffstheorie) die Voraussetzung der Geschäftsführung im Sinne von Art. 423 OR erfüllt, da nicht jede Eingriffshandlung zur Geschäftsführung geeignet ist. Vielmehr können nur jene Rechte ausgebeutet werden, die - wie HOFSTETTER zutreffend erkannt hat⁴⁰⁹ - einen Z u w e i s u n g s g e h a l t haben.

Die objektive Voraussetzung der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag überschneidet sich somit mit der Entstehungsvoraussetzung der un gerechtfertigten Bereicherung; sie ist aber insofern enger, als nur der Bereicherungstyp der Eingriffskondition erfasst wird, da nur die Eingriffskondition auf einer Handlung des Bereicherungsschuldners beruht und damit "Ausübung" eines fremden Geschäfts sein kann.

Art. 423 OR findet aber bei jenen subjektiven Rechten keine Anwendung, die keinen Zuweisungsgehalt haben, die mithin - positiv ausgedrückt - einen rein negativen Inhalt aufweisen⁴¹⁰. So führt beispielsweise kein fremdes Geschäft, wer eine Persönlichkeitsrechtsverletzung (z.B.

407 So WOLF, SJK 1079, S. 1.

408 So H.-P. FRIEDRICH (ZSR 64, S. 33), der die "Rechts- und Interessensphäre" dahingehend präzisiert, "dass unbeauftragte Besorgung eines fremden Geschäfts nur vorliege, wenn 'eigenmächtig - an und für sich rechtswidrig - in die Rechte eines Dritten' eingegriffen werde."

Aehnlich BECKER (N 13 zu Art. 419 OR), der vom "Eingriff in die private Rechtssphäre des Geschäftsherrn" spricht; und - etwas weniger weitgehend - OSER/SCHOENENBERGER (N 8 zu Art. 419 OR), der von der "Zugehörigkeit zum Interessenkreis" ausgeht.

409 HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 209 f.; ders. ZBJV 100, S. 239 f.; ähnlich MOSER (S. 154), der von der Zuordnung spricht.

410 Vgl. zum Ganzen vorne S. 76 ff.

eine Ehrverletzung) begeht⁴¹¹; oder wer eine negative Servitutspflichtung verletzt (z.B. die Servitut des Nicht-höher-Bauens)⁴¹²; oder wer eine vertragliche Abmachung verletzt, ohne dass er dabei ein seinem Vertragspartner zugewiesenes Recht ausübt (so kann z.B. der Komponist nicht den Gewinn seines zu vereinbarungswidriger Stunde hämmernden Nachbarn herausverlangen)⁴¹³.

Wenn die Rechtsfolgen bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung verschieden sind, so ist dies nicht auf eine unterschiedliche Beurteilung des Zuweisungsgehalts zurückzuführen - denn zugewiesen ist stets nur die Nutzungs b e f u g n i s - , sondern weil Art. 423 OR selbst eine gegenüber dem Bereicherungsrecht weitergehende (schärfere) Rechtsfolge in dem Sinne vorsieht, als der Nutzungs e r f o l g (der Gewinn) dem Geschäftsherrn herauszugeben ist. Damit ist lediglich der Anknüpfungspunkt derselbe, nämlich der Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts, verstanden als Nutzungsbefugnis nicht aber als Nutzungserfolg⁴¹⁴.

411 Vorne S. 89 ff.

412 Vorne S. 84.

413 Vorne S. 100 ff.

414 Diese Unterscheidung geht m.E. nicht ganz klar aus HOFSTETTERS Ausführungen hervor (SPR VII/2, S. 209): "Aus dem Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts muss sich ergeben, dass der Eingriffserwerb dem Träger dieses Rechts gebührt, weil ihm 'die Ausbeutung' ausschliesslich eingeräumt ist." Aufgrund des ersten Halbsatzes müsste der Zuweisungsgehalt den Nutzungs e r f o l g, aufgrund des zweiten Halbsatzes dagegen die Nutzungs b e f u g n i s umfassen.

2. Rechtsprechung

Wenn vorangehend die sog. Eingriffstheorie, die jedwelche Eingriffshandlung als Voraussetzung für eine Gewinnherausgabe genügen lässt, abgelehnt wurde, so scheint dies - auf ersten Anhieb wenigstens - im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu stehen, die eine Fremdgeschäftsführung dann bejaht, "wenn der Handelnde Geschäfte im eigenen Interesse abschliesst, die er ohne Verletzung der Rechte eines anderen nicht hätte ausführen können, wenn er also durch deren Abschluss in fremde Rechte und fremdes Vermögen eingegriffen hat"⁴¹⁵ oder - wie es an anderer Stelle heisst - wenn "er sich unbefugterweise in einen fremden Interessenkreis einmischte"⁴¹⁶.

Und dennoch, vergleicht man die Entscheidungen, in denen das Bundesgericht einen Gewinnherausgabeanspruch bejahte mit denjenigen, in denen es einen ebensolchen verneinte, so stösst man auf das vom Bundesgericht offenbar für massgeblich erachtete Unterscheidungskriterium des Zuweisungsgehalts eines subjektiven Rechts, wenngleich es nie als solches bezeichnet worden ist. Denn das Bundesgericht hat bei jenen Eingriffshandlungen, die keine Verletzung von subjektiven Rechten mit Zuweisungsgehalt darstellten, stets einen Gewinnherausgabeanspruch verneint.

415 So in BGE 47 II 198: Anspruch des Pächters, dem das Pachtobjekt durch Beschlagnahme entzogen worden ist, auf den vom Verpächter aufgrund eines neuen Vertrages für die noch ausstehende Pachtzeit bezogenen Mehrpachtzins. Ebenso in BGE 51 II 583: Weiterverpfändung von bereits einer Bank verpfändeten Wertpapieren durch diese Bank selbst. BGE 64 II 162: Unerlaubte Weiterbenützung anvertrauter Pläne (dazu hinten S.181f). BGE 97 II 178: Patentrechtsverletzung (dazu hinten S. 177 f.)

416 BGE 45 II 207.

So verneinte das Bundesgericht die Fremdgeschäftsführung bei den Wettbewerbsverstößen⁴¹⁷, sofern nicht die Voraussetzung einer relativen Zuweisungswidrigkeit erfüllt war⁴¹⁸.

Desweiteren hat das Bundesgericht (in BGE 39 II 707) einen Gewinnherausgabeanspruch im Fall der unberechtigten Untervermietung abgelehnt, obwohl hier durchaus von einem Eingriff in den Mietvertrag hätte gesprochen werden können und damit - bei konsequenter Anwendung der Eingriffstheorie - die Fremdgeschäftsführung hätte bejaht werden müssen. Für die Verneinung einer Fremdgeschäftsführung argumentierte denn das Bundesgericht weniger mit dem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, als mit der etwas merkwürdigen Begründung, dass wegen des Uebergangs der Mietsache vom Hauptvermieter auf den Mieter, der "Vermieter" keine Geschäfte mehr darin führen könne⁴¹⁹.

Stellt man indes auf den Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts ab, so ergibt sich daraus ohne weiteres, dass das Verbot der Untervermietung nicht den Sinn hat, dem Vermieter selbst

417 BGE 73 II 198: Unerlaubte Nachahmung der "Original-Gillette-Schlitz-Stanzung", wo eine Gewinnherausgabe abgelehnt wurde, obwohl durchaus in die Rechtssphäre der Klägerin eingegriffen worden war. Vgl. ebenso: BGE 79 II 319; 83 II 165.

418 Wurde aber gleichzeitig ein relatives Recht mit Zuweisungsgehalt (z.B. ein Fabrikationsgeheimnis) verletzt, dann bejahte das Bundesgericht mit Recht einen Gewinnherausgabeanspruch, bediente sich dann aber recht eigenartiger Konstruktionen (vgl. z.B. 45 II 202, dazu hinten S. 179 ff.).

419 Vgl. auch Urteil vom Obergericht Appenzell-A.-Rh., vom 21.10.1980, in: SJZ 78(1982), S. 205, wo eine Gewinnherausgabe bei vertragswidriger Untervermietung ebenfalls verneint wird: "Die Mieter haben den Vertrag in eigenem Interesse verletzt und in eigenem Interesse gehandelt; sie haben kein Geschäft für die Klägerin besorgt. Wie das Kantonsgericht zu Recht ausführte, ist diese Rechtsform in der Regel nur anzunehmen, wenn der Geschäftsherr aus irgendwelchen Gründen nicht erreichbar ist. Frau Z. wohnte jedoch in nächster Nähe." (Wie hätte das Gericht wohl entschieden, wenn Frau Z. in den Ferien geweilt hätte?)

die Möglichkeit zur Untervermietung vorzubehalten, mithin ihm das Recht der Untervermietung zuzuweisen, in das alsdann der Mieter eingreifen und seiner (sc. des Vermieters) statt ausüben kann. Vielmehr handelt es sich hier um ein relatives Recht rein negativen Inhalts, mithin ohne Zuweisungsgehalt, so dass dem Vermieter lediglich ein Unterlassungs- und allenfalls - bei Vorhandensein eines Schadens - ein Schadenersatzanspruch zusteht, nicht aber ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag.

Ebenfalls keine Fremdgeschäftsführung erblickte das Bundesgericht (in BGE 68 II 36) im Falle der irrtümlichen Entgegennahme einer falsch adressierten Zahlung und verneinte damit einen Herausgabeanspruch des wahren Gläubigers; dies, obwohl letzterer - infolge nachträglichen Konkursausbruchs des Schuldners - in der Tat unangenehm in seinem "Interessenkreis berührt" worden war.

Rechtlich gesehen kann aber die Zahlung an den Putativgläubiger nicht eine Erfüllung der Schuld gegenüber dem wahren Gläubiger darstellen, da eine Erfüllungshandlung nur dann gehörig bewirkt ist, wenn sie gegenüber der richtigen Person⁴²⁰ vorgenommen wird. Da im vorliegenden Fall weder eine vertraglich noch eine gesetzlich (z.B. aufgrund von Art. 167 OR) begründete Zuweisung der Zahlung an den wahren Gläubiger vorlag, konnte der wahre Gläubiger keine Rechte gegenüber dem Putativgläubiger geltend machen, vielmehr hatte er sich für die Erfüllung seiner immer noch bestehenden Forderung an den Schuldner bzw. an die Konkursmasse zu halten⁴²¹.

420 Es kann dies auch ein Vertreter oder Anweisungsempfänger sein.

421 Und nur deswegen, weil der Schuldner nachträglich in Konkurs gefallen ist, die Fremdheit des Geschäfts bejahen (so GUHL, ZBJV 97, S. 370; H.-P. FRIEDRICH, ZSR 64, S. 10 ff.; beide mit Kritik an dem erwähnten Entscheid), stellt ein unzulässiges Abstellen auf wirtschaftliche statt rechtlicher Kriterien ab. Ebenso: MOSER (SJZ 42, S. 3), der zu diesem Entscheid festhält: "Die nur wirtschaftliche Beeinträchtigung der Gläubigerstellung

Dass diese Entscheidung vom Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt von Art. 423 OR geprüft wurde, statt unter demjenigen von Art. 62 OR, ist für die hier interessierende Frage des Zuweisungsgehalts - insbesondere, dass auch das Bundesgericht der Sache nach darauf abstellt - ohne Belang. Trotzdem sei zur Klärung angeführt, dass die irrtümliche Inempfangnahme einer falsch adressierten Zahlung nicht eine Frage der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag - und damit auch nicht eine solche der Eingriffskondition - sondern vielmehr der Leistungskondition darstellt⁴²².

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Bundesgericht - obwohl es sich auf die Eingriffstheorie beruft - in jenen Fällen, in denen die Eingriffshandlung nicht zugleich Ausübung eines subjektiven Rechts mit Zuweisungsgehalt darstellt, einen Gewinnherausgabeanspruch stets verneint hat.

Die Voraussetzung der "Fremdheit" der Geschäftsführung liegt auch beim Bundesgericht nicht bereits dann vor, wenn der Geschäftsführer in eine fremde Rechtssphäre eingreift, sondern erst dann, wenn die dem Geschäftsherrn zur Ausübung überlassene Nutzungsbefugnis von einem unberechtigten - da weder gesetzlich noch vertraglich ermächtigten - Dritten ausgeübt wird. Dabei kommt nichts darauf an, ob der Geschäftsherr auch aus Gründen tatsächlicher Art (z.B. körperlicher, geistiger oder finanzieller Fähigkeit) das Geschäft hätte tätigen können oder wollen, da auch hier, wie bei der ungerechtfertigten Bereicherung, allein rechtliche Kriterien ausschlaggebend, m.a.W. Anknüpfungspunkt sind⁴²³.

421 (forts.) (zufolge Inempfangnahme der Leistung vom künftigen Konkursiten) genügt zur Annahme eines objektiv fremden Geschäfts nicht."

422 Dieser Fall ist insofern noch interessant, als der Zahlungsempfänger seinerseits Forderungen gegenüber dem Schuldner besass, die er alsdann in Verrechnung stellen konnte, was ansonsten - hätte man eine Fremdgeschäftsführung bejaht - nicht möglich gewesen wäre.

423 Womit auch die in FN 419 gestellte Frage beantwortet wäre.

B. Subjektive Voraussetzung: Verschulden?

1. Lehre

Auf die Frage, inwieweit der Gewinnherausgabeanspruch ein Verschulden des Fremdgeschäftsführers voraussetzt, lässt sich nur eines mit Bestimmtheit sagen, dass nämlich das Gesetz in Art. 423 OR keine Stellung dazu nimmt⁴²⁴.

So ist denn auch die Lehre in dieser Frage geteilter Meinung: Während die einen⁴²⁵ Art. 423 OR von vornherein nur auf den Bösgläubigen angewandt wissen wollen, befürworten die andern⁴²⁶ die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ebenso auf den Gutgläubigen, greifen dann aber zu den unterschiedlichsten Konstruktionen, um den Gutgläubigen alsdann wieder der harten Sanktion der Gewinnherausgabe zu entziehen.

424 Was die Materialien anbelangt, so vermag auch der leicht geänderte Art. 479 des Entwurfs II (aus dem Jahre 1875) keinen Aufschluss zu geben: "Hat ein Geschäftsherr ohne Auftrag ... fremde Geschäfte in der irrigen Meinung oder in der rechtswidrigen Absicht, lediglich in seinem eigenen Interesse zu handeln, besorgt ..." Ob die "irrigte Meinung" auf Fahrlässigkeit gerichtet ist, wird nicht beantwortet. Vgl. dazu auch BIRRER, S. 94 ff; MOSER, S. 111.

425 HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 211; ders. ZBJV 100, S. 232 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, § 49, S. 470; widersprüchlich GAUTSCHI (N 2a zu Art. 423), der es einerseits als "zu weitgehend (erachtet), wenn angenommen wird, Art. 423 könne auch auf gutgläubige Geschäftsbesorger Anwendung finden" (ebenso N 13e zu Vorbem.), andererseits aber (in 4a ff. zu Art. 423) davon ausgeht, dass der Geschäftsführer stets bösgläubig und schuldhaft handle (vgl. auch FN 426).

426 Ob es sich dabei um die h.L. handelt, soll dahingestellt bleiben, ausser man lässt - wie dies offenbar unsere ausländischen Rechtsvergleicher tun - den Verfasser des Kommentars zu Art. 423 OR den Ausschlag geben. So weist denn KOENIG (S. 187), ähnlich auch VON CAEMMERER (S. 359) im Anschluss an einen historischen Ueberblick auf das (archaische) Ueberbleibsel des Art. 423 OR hin, wenn er festhält: "Diesen strengen Standpunkt ver-

Abzulehnen ist zunächst einmal jene Auffassung, die von einer Verschuldungsvermutung ausgeht⁴²⁷. Denn gerade im Bereich der Immaterialgüterrechtsverletzungen - dem Hauptanwendungsgebiet der Gewinnherausgaberegulierung - und insbesondere bei den Patentrechtsverletzungen kann durchaus Gutgläubigkeit gegeben sein, wenn man bedenkt, dass es in patentrechtlichen Prozessen häufig umfangreicher und komplizierter Beweisverfahren bedarf und nichtsdestotrotz bis zur letzten Instanz oft unklar bleibt, ob überhaupt eine Patentrechtsverletzung vorliegt. Denn auch die Einsicht ins Patentrechtregister vermag nicht immer mit Sicherheit darüber Auskunft zu geben, ob z.B. für ein Verfahren bereits ein m a t e r i e l l g ü l t i g e s⁴²⁸ Patent besteht, und wie weit der Geltungsbereich eines allfällig bereits bestehenden Patentes reicht. Hier Gutgläubigkeit stets zu verneinen,

426 (forts.) traten auch die Kodifikationen der damaligen Zeit, er hat sich im Schweizerischen Obligationenrecht (Art. 423) bis heute (!) erhalten..."; dabei wird auf GAUTSCHI hingewiesen, der sich seinerseits auf Pomponius beruft: "Wie schon im römischen Recht (culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti - Dig. 50.17.36), ist jede Anmassung fremden Rechts bösgläubig und schuldhaft." Und: "Es erübrigt sich, jedenfalls für das schweizerische Privatrecht, zwischen einer gutgläubigen schuldlosen und einer bösgläubigen schuldhaften Rechtsanmassung zu unterscheiden" (N 4c zu Art. 423). Ebenso wie GAUTSCHI, aber ohne Begründung: BECKER, N 1 und 3 zu Art. 423 (evtl. gegenteilig in N 7 zu Art. 419); OSER/SCHOENENBERGER, N 2 und 3 zu Art. 423 (mit gewissen Einschränkungen); WOLF, SJK 1079, S. 2: einerseits bejahend (S. 4), andererseits - im Zusammenhang mit den Patentrechtsverletzungen - differenzierend: "Fehlt ein Verschulden, so steht die Idee des gerechten Ausgleichs (?) im Vordergrund."

427 So GAUTSCHI (FN 426).

428 Abgesehen von Textilveredelungsverfahren, die nicht rein mechanisch sind, und von Erfindungen aus dem Gebiet der Zeitmessungstechnik (Art. 87 PatG), werden in der Schweiz Patente ohne Vorprüfung der die Patentwürdigkeit begründenden Elemente erteilt, so dass auch sog. naheliegende Erfindungen in den formellen Schutzbereich des Patentes fallen können und erst in einem allfälligen Patentprozess für nichtig erklärt werden (Feststellungsurteil).

hiesse der Verschuldungsfiktion das Wort reden, was angesichts der harten Sanktion als unbillig empfunden werden muss⁴²⁹. (So kann doch unter Umständen die Gewinnherausgabe in die Hunderttausende von Franken gehen, ohne dass dem verletzten Patentinhaber auch nur Schaden entstanden ist.)⁴³⁰

429 Einen Gewinnherausgabeanspruch auch bei Gutgläubigkeit bejaht A. TROLLER Bd. II, S. 1132; vgl. aber auch in SJZ 1950, S. 206 FN 22, wo er festhält: "...man (wird) vor allem zögern, den Anspruch aus Geschäftsanmassung zu geben, wenn es sich um eine eigene Leistung handelt (z.B. Parallelerfindung), die nur wegen der Priorität des Berechtigten nicht ausgenützt werden kann. In einem solchen Fall der rein formalen Begründung des Fremdgeschäftes scheint es zu hart zu sein, wenn der gutgläubige Benützer der eigenen Erfindung den aus ihr gezogenen Gewinn abliefern muss."

430 Gerade die amerikanische Rechtsentwicklung spricht gegen eine Ausdehnung des Gewinnherausgabeanspruchs auf den gutgläubigen Verletzer. So wurde in der Patentrechtsgesetzgebung der USA im Jahre 1946 die bis dahin geltende Gewinnherausgabepflicht des Gutgläubigen abgeschafft und durch die Wertersatzpflicht in Höhe einer Lizenzgebühr - die allerdings vom Gericht bis auf das Dreifache erhöht werden kann - ersetzt. Vgl. auch KOENIG (S. 191 f.), der dazu bemerkt, dass das Prinzip "in dubio für den Patentinhaber" manchen Patentverletzer an den Rand des Ruins getrieben habe.

Was die Erhöhung der Lizenzgebühr bis auf das Dreifache anbelangt, so ist ein erster vergleichbarer Schritt in diese Richtung auch in Deutschland getan worden, indem der Bundesgerichtshof (in BGHZ 17, 383; bestätigt in BGHZ 59, 286 = GRUR 1973, S. 379) der Verwertungsgesellschaft GEMA (entspricht der schweizerischen Verwertungsgesellschaft SUISA) im Falle der Verletzung von dieser verwalteten Rechte als "Entschädigung" eine Lizenzgebühr in doppelter Höhe der normalen Tarifgebühr zusprach mit der Begründung, dass es sich hierbei um einen Ausgleich für Ueberwachungs- und Rechtsverfolgungsaufwendungen handle. Die beiden genannten Urteile haben in Deutschland starke Kritik hervorgerufen, da - wie STEINDORFF (AcP 158, S. 457) zu Recht ausführt - dieser Zuschlag nicht "unter Wiedergutmachungsgesichtspunkten" erfolgt, sondern einzig "schadenersatzrechtliche Bussfunktion" bezweckt. Auch KRASSER (GRUR Int. 1980, S. 270) will es "nicht einleuchten, dass der fragliche Aufwand billigerweise allein von den Verletzern getragen werden müsse Denn keineswegs (werde) der Aufwand allein durch die Verletzer verursacht." (forts. S. 171)

Nicht beigespflichtet werden kann auch jener Ansicht, die bei gutgläubiger Verletzung den hiebei erzielten "Gewinn unter Berücksichtigung beidseitiger Interessen verteilen"⁴³¹ will. Fehlt doch für eine derartige Aufteilung jedwelche gesetzliche Grundlage, die handfeste Kriterien zur Verwirklichung eines solchen Teilungsprinzips zuliesse.

Und was schliesslich diejenige Auffassung anbelangt, die Art. 423 OR auch auf den Gutgläubigen anwendet⁴³², dann aber eine Haftungsbeschränkung in dem Sinne vornimmt, dass sie den Gutgläubigen in freier Rechtsfindung intra legem auf die "noch vorhandene Bereicherung" haften

430 (forts.) Ein vergleichbarer Entscheid ist bis anhin in der Schweiz nicht ergangen und erübrigt sich wohl deshalb, weil Art. 5 VURG (Bundesgesetz betreffend die Verwertung von Urheberrechten, SR 231.2) der SUIA das Recht gibt, bei unerlaubten Aufführungen eine Entschädigung zu verlangen, die "mindestens" dem Normaltarif entspricht. Gestützt darauf sehen die Tarifsätze der SUIA - sie werden von der bundesrätlichen Schiedskommission genehmigt - eine Erhöhung teilweise bis zu 50% des Normaltarifs vor, falls musikalische Werke ohne vorgängige Einholung einer Aufführerlaubnis öffentlich aufgeführt werden. Praktisch wird diese "Busse" - so die Bezeichnung der erhöhten Gebühr in einem Gespräch mit der SUIA - aber nur bei Verschulden ausgesprochen, da die SUIA, bei Bekanntwerden einer unerlaubten Aufführung, stets eine Frist von 10 Tagen gewährt, damit die dem Normaltarif entsprechende Gebühr nachbezahlt werden kann. Eine "Busse" werde - so die SUIA weiter - nur in den seltensten Fällen, und dann unter "individueller Berücksichtigung der Lage des Verletzers" ausgesprochen. Bis anhin sei stets bezahlt worden, ohne dass es eines gerichtlichen Entscheids bedurft hätte.

431 WOLF ZSR 46 (1927), S. 322 ff. Vgl. auch ders., ZSR 51 (1932), S. 80: "Da die heutige ausgedehnte Anwendung von Art. 423 OR zweifellos erst das Werk der Rechtsprechung ist, und vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen werden konnte, dürfte es wohl richtig sein, nicht zu sehr auf den Wortlaut von Art. 423 abzustellen, sondern für die Schuldfrage auf die allgemeinen Bestimmungen zurückzugehen."

432 MOSER, S. 218; H.-P. FRIEDRICH, ZSR 64, S. 48; TH. FISCHER, S. 129.

lässt, so vermag auch dies nicht restlos zu überzeugen. Denn dabei handelt es sich nicht um einen Bereicherungsanspruch, da es an einer - nach heute noch geltender Lehre - Entreicherung fehlt. Vielmehr wird "das rechtspolitische Motiv des Bereicherungsrechts, das Vermögen des gutgläubig Bereicherten unangetastet zu lassen, ... wegen der Gleichartigkeit der Interessenlage auch hier (bei Art. 423 OR)" ⁴³³ für ausschlaggebend erklärt.

Sicherlich, ein durchaus verständliches Ergebnis, wenn man davon ausgeht, dass ansonsten der Gutgläubige infolge des traditionellen, sachorientierten Bereicherungsrechtsverständnisses zu gar keinem Ausgleichsanspruch verpflichtet werden könnte, was begreiflicherweise auch als unbillig empfunden werden muss. Und doch bleibt gerade bei dieser Auffassung unklar, wann ein Gewinn "nicht mehr vorhanden" ist. Verhält es sich nicht vielmehr so, dass erwirtschaftete Gewinne zur Reinvestition, Diversifikation oder ganz einfach zur Abschreibung verwendet werden? Einen diesbezüglichen Beweis des "Nichtmehrvorhandenseins" des Gewinns zu erbringen, ist nicht nur unpraktikabel, sondern hätte zudem eine weitere Verzögerung und Verteuerung der ohnehin schon zumeist langwierigen und kostspieligen Prozesse zur Folge. Abgesehen davon erscheint es unbillig, dass auch der Gutgläubige nach Art. 400 I OR rechenschafts- und rechnungslegungspflichtig wird und damit Gefahr läuft, einem Konkurrenten Einblick in seine Kalkulations- und Absatzmethoden zu gewähren ⁴³⁴.

Dem berechtigten Wunsch nach einer "gewissen" Entschädigungspflicht des Gutgläubigen kann dadurch Rechnung getragen werden, dass der Gutgläubige einer bereicherungsrechtlichen Wertersatzpflicht in Höhe

433 H.-P. FRIEDRICH, a.a.O.

434 Ebenso HOFSTETTER, ZBJV 100, S. 238. Dass auch die Beiziehung eines sog. neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Buchsachverständigen nicht problemlos ist, vgl. GRUR 1962, S. 354.

einer verkehrüblichen Lizenzgebühr unterzogen wird. Damit wird auch jener Meinung Rechnung getragen, die den "Grundsatz (der Gewinnherausgabe) nicht unesehen zur Anwendung gelangen" lassen will, sondern es "in den richterlichen Aufgabenkreis" stellt, ihn so auszugestalten, dass er sich möglichst harmonisch in unser Rechtssystem einordnet. "Die Statuierung einer Herausgabepflicht bei gutgläubigen Eingriffen rechtfertigt sich nur im Sinn der ausgleichenden Gerechtigkeit. Diese verlangt aber, dass den **b e i d s e i t i g e n** Beiträgen zum Erfolg gebührend Rechnung getragen wird"⁴³⁵. Wohl könnte sich der Gutgläubige auf Art. 64 OR berufen, doch dagegen sprechen dieselben Gründe, die bereits vorhin zu einer Ablehnung der Anwendbarkeit bei Art. 423 OR geführt haben, nämlich die Verhinderung eines Einblicks in die Geschäfts- und Rechnungsbücher des gutgläubigen Verletzers; nur dass in Anwendung des Bereicherungsrechts der Gutgläubige es selbst in der Hand hat zu entscheiden, ob er seinem Kläger (und allenfalls Konkurrenten) Einblick in seine Geschäftsbücher gewähren will - denn als Ausnahmebestimmung hat e r das Fehlen eines Gewinns zu beweisen - oder ob er nicht viel lieber die Lizenzgebühr bezahlen und damit zu einer raschen (und weniger kostspieligen) Prozessbeendung beitragen will.

Wenn schon bei Art. 423 OR eine Rechtsfindung *intra legem* notwendig ist - und darin sind sich alle einig - dann sollte sie mit HOFSTETTER in dem Sinn vorgenommen werden, dass bereits bei der **E n t s t e h u n g s v o r a u s s e t z u n g** von Art. 423 OR, und nicht erst im Zusammenhang mit dem Umfang, **B ö s g l ä u b i g k e i t** angenommen

435 WOLF SJK 1077, S. 6; ihm zustimmend: OSER/SCHOENENBERGER, N 3 zu Art. 423 OR. Vgl. auch vorne S. 110 ff., wo dargetan wird, dass gerade der Zuweisungsgehalt diesen "beidseitigen Beiträgen" Rechnung trägt.

wird⁴³⁶. Nicht empfehlenswert erscheint es, als Begründung Art. 940 ZGB anzurufen⁴³⁷, da nach dieser Vorschrift auch für die sog. versäumten Früchte gehaftet wird. Dies auf Art. 423 OR anzuwenden, hiesse, den Rechtsbrecher auf den e r z i e l b a r e n Gewinn haften zu lassen⁴³⁸, m.a.W. ihm vorzuwerfen, dass er sein Metier nicht richtig verstanden habe, ansonsten er "gehöriger ausgebeutet" hätte⁴³⁹.

Und was die Fahrlässigkeit anbelangt, so hat auch hier - wie überall sonst - zu gelten, dass auch bösgläubig ist, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein kann (Art. 3 II ZGB). Dies ist durchaus gerechtfertigt und entspricht auch - insbesondere auf dem Gebiet der Immaterialgüterrechte - einer gerechten Risikoverteilung: Denn ebenso wie derjenige, der sich mit leicht verletzlichen Rechtsgütern umgeben hat, das Risiko einer gutgläubigen Verletzung tragen muss, soll derjenige, der sich erst anschickt, sich mit solch potentiell ubiquitären Gütern zu umgeben, sich vorgängig gehörig erkundigen, inwieweit ihm nicht ein geistig Schaffender zuvorgekommen ist.

Praktisch bedeutet dies, dass nicht leichthin von der Annahme der Gutgläubigkeit ausgegangen werden kann. Vielmehr muss der Beklagte in einem Prozess nachweisen können, dass er - z.B. durch Auftraggebung

436 Vgl. auch HOFSTETTER (ZBJV 100, S. 234), der darauf hinweist, dass das häufig vorgebrachte Argument, dass die Immaterialgüterrechte so leicht verletzlich seien und daher auch entsprechend besser zu schützen seien, gerade ein Risiko darstelle, das grundsätzlich der Inhaber selber zu tragen habe. Dies zu Recht, wie mir scheint; denn niemand ist verpflichtet, sich mit Rechtsgütern zu umgeben, die - wie KOHLER (BürgR II, S. 459) einst so schön festhielt - "der Allgemeinheit zustreben".

437 So AMREIN, S. 59; GAUTSCHI, 4b zu Art. 423.

438 So aber GAUTSCHI, a.a.O.

439 Ebenso hält HOFSTETTER (ZBJV 100, S. 244) dafür: "... dass ein Räuber dem andern, der seine Beute besser verwendet hätte, zuvorkommt, kann im Ernst" nicht behauptet werden.

an einen Patentanwalt - das Patentrechtsregister "konsultiert"⁴⁴⁰ hat und allfällig klassifikatorisch in Frage kommende bereits bestehende Patente einer Abklärung bzw. Auslegung⁴⁴¹ der Patentansprüche bezüglich deren Geltungsumfang unterzogen hat⁴⁴².

Die Beschränkung von Art. 423 OR auf den nur Bösgläubigen entspricht schliesslich auch dem immer wieder hervorgehobenen Sanktions- und Präventionsgedanken dieser Vorschrift⁴⁴³. Gerade was die Prävention anbelangt, so wird damit doch impliziert, dass der potentielle Rechtsbrecher eine Abwägung zwischen Vor- und Nachteilen einer möglichen Geschäftsanmassung vornimmt, dann aber - von der Sanktion der Gewinnherausgabe abgeschreckt - von einer Geschäftsanmassung absieht; es ist dies ein Gedankenprozess, der dem Gutgläubigen notwendigerweise abgeht.

440 Mit "Konsultieren" ist nur schlecht ausgedrückt, was das Abklären über das Vorhandensein eines Patents betreffend einer Erfindung anbelangt, wenn man bedenkt, dass jährlich rund 280'000 Patente erteilt werden. Nicht zu genügen vermag es also, wenn man einen "Blick ins Register wirft", vielmehr kann eine seriöse Abklärung häufig nur auf dem Wege mühsamer und zeitraubender Arbeit vorgenommen werden. Es sei nur am Rande vermerkt, dass in Zürich aufgrund neuester technischer Entwicklung eine diesbezügliche Erleichterung insofern besteht, als dass ein Computerterminal geschaffen wurde, der direkt die Informationen von über 200 Datenbanken in der ganzen Welt betreffend bereits bestehender Patente für Erfindungen auf einen Computerbildschirm abberufen kann, so dass wohl gesagt werden kann, dass das "schlichte Nicht-Wissen" von einem Patent wohl kaum mehr für die Gutgläubigkeit ausreichen kann, sondern dass Gutgläubigkeit nurmehr im Bereich der Auslegung von Patentansprüchen anzunehmen ist.

441 Es stellt dies eine der schwierigsten Aufgaben im Patentrecht überhaupt dar. Und dass man hier nach gewissen Abklärungen Gutgläubigkeit bejahen kann, erscheint nicht mehr als billig.

442 Eindeutig ist ein Verschulden sicherlich dann, wenn sich die Vertragsparteien nicht über die Lizenzerteilung eines Patentbesitzes einigen konnten, so dass sich die Vertragsverhandlungen zerschlugen, in der Folge dann aber die an der Lizenzerteilung interessierende Partei selbst auf eigenen Namen eine ähnliche Erfindung anmeldete (BGE 38 II 289).

443 WOLF SJK 1077, S. 2; HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 213.

2. Rechtsprechung

Den wenigen bundesgerichtlichen Entscheidungen, die in Anwendung des Art. 423 ergangen sind, haben allen ein Verschulden zugrunde gelegen⁴⁴⁴. Wenn jeweils in den Erwägungen die Verschuldungsfrage geprüft wurde, so wäre dies doch offenbar unnötig gewesen, wenn man davon ausgegangen wäre, dass Art. 423 OR gleichermassen bei Gut- wie bei Bösgläubigkeit Anwendung fände.

Eine gewisse Erklärung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich daraus, dass bis zum Entscheid BGE 97 II 169 das Bundesgericht im Banne der deutschen Rechtsprechung stand, die die sog. dreifache Schadensberechnungsmethode kennt, wonach der Schaden wahlweise nach der Vermögenseinbuss, der Lizenzgebühr oder des Verletzergewinns berechnet werden kann⁴⁴⁵. Es handelt sich hiebei um eine in Deutschland zum Wohnheitsrecht gewordene Institution bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, die allerdings schon mehrfach heftig kritisiert worden ist⁴⁴⁶, so dass wohl gesagt werden darf, dass aus der deutschen Not nicht eine schweizerische Tugend gemacht werden sollte.

444 So z.B. BGE 34 II 695, 35 II 659, 45 II 207, 49 II 518, 51 II 583; vgl. dazu auch BIRRER, S. 95 ff.

445 Vgl. ULLMANN GRUR 1978, S. 615 ff. m.w.N. – In der Schweiz befürwortet die dreifache Schadensberechnungsmethode: TH. FISCHER, S. 1 ff.

446 Kritisch: ULLMANN (a.a.O.) und KOENIG (S. 203): "Wünschenswert wäre es aber, beide Behelfe (Schadensersatz aus entgangenem Gewinn und Gewinnhaftung) auch in der deutschen Praxis deutlich voneinander abzugrenzen. Nur so können Voraussetzungen und Inhalt der Gewinnhaftung ... sachgerecht entwickelt werden." So spricht sich denn KOENIG auch gegen eine Unterbringung der Gewinnhaftung im Bereicherungsrecht aus; vielmehr seien "Wertesatz- und Gewinnherausgabebansprüche nebeneinander erforderlich" (a.a.O., S 206). Dieser Kritik scheint nun auch der BGH in seinem neuesten Entscheid "Kunststoffhohlprofil II" (vorne S. 125) Rechnung getragen zu haben.

So ist denn auch der bereits erwähnte Entscheid BGE 97 II 169 als erster Schritt in die richtige Richtung zu werten, wenn darin festgehalten wird:

"Dass im Patentrecht der Anspruch auf Schadenersatz jenen auf Gewinnherausgabe einschliesse, der Patentinhaber immer mindestens den vom Verletzer erzielten Gewinn als Ersatz verlangen und die Bereicherung (!) nach Art. 423 OR ohne Vorbehalt für die Berechnung des Schadenersatzes verwendet werden dürfe, ist nicht haltbar. Die Ansprüche auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe entstehen unter verschiedenen Voraussetzungen und hängen ... nicht zusammen. Neben dem Schadenersatzanspruch steht dem Verletzten aber ein Herausgabeanspruch zu, weil der Patentinhaber das ausschliessliche Recht auf Ausbeutung der Erfindung hat und deren Benützung durch einen Dritten sich als Geschäftsanmassung oder als unechte Geschäftsführung ohne Auftrag erweist. Der Dritte bemächtigt sich einer Stellung, die ihm nicht zukommt, und führt ein fremdes Geschäft zum eigenen Vorteil..., hat folglich alle ihm aus der Führung seiner Geschäfte erwachsenen Vorteile gemäss Art. 423 OR herauszugeben... Die Herausgabepflicht setzt zudem nach schweizerischem Recht⁴⁴⁷ kein Verschulden voraus und trifft den Gut- wie den Bösgläubigen in gleicher Weise. Für die Anwendung des Art. 423 OR sprechen auch Billigkeitsüberlegungen. Abgesehen davon,

447 In Deutschland, Oesterreich, Italien und Frankreich, sowie im anglo-amerikanischen Rechtsgebiet wird die Gewinnherausgabe stets nur bei Bösgläubigkeit gewährt. Vgl. fürs deutsche Recht: BRANDER GRUR 1980, S. 359; KOENIG, S. 179; fürs amerikanische Recht: PAGENBERG, GRUR Int. 1980, S. 286; fürs österreichische Recht: SCHOENHERR/KUCSKO, GRUR Int. 1980, S. 282 f. Kritisch fürs schweizerische Recht: DESSEMONTET, GRUR Int. 1980, S. 273: "Die Gesetze (über das geistige Eigentum) gewähren dem Verletzer eine Klage auf Ersatz. Nun hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts diese Gesetze in sehr grosszügiger Weise ausgelegt, indem sie z.B. dem Inhaber eines verletzten Patents die Möglichkeit gab, entweder den Ersatz des von ihm erlittenen Vermögensschadens oder die Zahlung einer angemessenen Vergütung oder schliesslich die Herausgabe des vom Beklagten erzielten Gewinns zu beantragen. Doch mangelt es dieser Rechtsprechung an Klarheit und Beständigkeit. In der Praxis fragt man sich vor allem nach der Rechtsnatur dieser alternativen Ansprüchen, also nach deren Beziehungen zueinander, und nach den Wahlmöglichkeiten, die den Inhabern anderer Rechte als von Patenten offenstehen."

dass ein Schaden sich häufig nur schwer oder nicht nachweisen lässt, wäre es jedenfalls stossend, wenn ein Dritter den Gewinn, den er aus widerrechtlicher Auswertung einer fremden Leistung gezogen hat, behalten dürfte. Die Ansprüche auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe sind daher auseinanderzuhalten und nach besonderen Gesichtspunkten zu beurteilen."

Ein erster Schritt in die richtige Richtung stellt dieser Entscheid deshalb dar, weil mit Recht zwischen Schadenersatz und Gewinnherausgabe unterschieden wird. Die Tatsache, dass "ein Schaden sich häufig nur schwer oder nicht nachweisen lässt", kann aber nicht als Begründung dafür dienen, dass eine Gewinnherausgabe den "Gut- wie den Bösgläubigen in gleicher Weise" treffen soll.

Verständlicher ist es dagegen, wenn das Bundesgericht auch noch mit "Billigkeitsüberlegungen" zu argumentieren versucht. Verständlich deshalb, weil nach geltendem traditionellem Bereicherungsrecht der Verletzte einen Schaden nachweisen müsste, bis dass ihm ein Ausgleichersatz gewährt würde, was in der Tat unbillig erscheint. Nicht dass hier der eigenen Ansicht das Wort geredet sein soll, aber vielleicht müsste man sich doch überlegen, ob solche auf Billigkeit beruhenden Ausgleichsgedanken nicht auch im Zusammenhang mit dem Bereicherungsrecht gesehen werden könnten, und auf diese Weise klare Abgrenzungen nicht nur zwischen Schadenersatz und Gewinnherausgabe, sondern auch zwischen Gewinnherausgabe und Wertersatz geschaffen werden könnten.

Zu befürworten wäre es jedenfalls, wenn das Bundesgericht in einem nächsten Schritt auch noch zu der leidigen Frage des Verschuldens Stellung nehmen würde. Denn - und darin sind sich beinahe alle einig - die in Art. 423 OR offene Frage des Verschuldens ist nur im Wege der Rechtsfindung zu beantworten, und dies ist keine geringere Aufgabe als diejenige unseres höchsten Gerichts.

III. HERAUSGABEANSPRUCH

Die in Art. 423 OR vorgesehene Sanktion sieht eine Vorteilsaneignung des Verletzten vor, was voraussetzt, dass der Geschäftsführer nach Art. 400 I OR rechenschafts- und rechnungslegungspflichtig ist.

Die Herausgabepflicht erstreckt sich auf den **Nettogewinn**⁴⁴⁸. Dies geht indirekt aus Art. 423 II OR hervor, wonach dem Geschäftsführer zu dessen Entlastung Ersatzansprüche gewährt werden, sofern der Geschäftsherr bereichert ist. Da es sich hiebei um eine aufgedrängte Bereicherung handelt, muss der Geschäftsherr effektiv Auslagen erspart haben, ansonsten in der Tat "Arbeitsbeschaffung ... nur noch eine Frage der Arroganz"⁴⁴⁹ wäre.

IV. ZU WENIG BEACHTETE ANWENDUNGSMOEGlichkeiten DER GEWINNHERAUSGABE

A. Verletzung von Fabrikationsgeheimnissen

BGE 45 II 203: Bestellung einer Maschine bei einem Fabrikanten nach vom Besteller übergebenen Modellen und Zeichnungen, verbunden mit der Verpflichtung des Fabrikanten, solche Maschinen nach jenen Modellen und Zeichnungen für niemanden sonst zu erstellen. Der Fabrikant hielt sich nicht an diese Bestimmung und stellte seinerseits 17 Maschinen her, die er an Dritte verkaufte.

Das Bundesgericht hiess die Klage auf Herausgabe des Gewinns mit folgender Begründung gut:

Was einen Schadenersatz aus entgangenem Gewinn anbelange, so habe der Kläger ja keinen Anspruch auf Lieferung an ihn, sondern nur auf Nichtlieferung an andere Personen gehabt. Von einem ihm entgangenen Gewinn könne nur dann gesprochen werden, wenn er ohne

448 HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 216. Dazu zählt auch eine Nichtverminderung des Vermögens, nicht aber ein aufgrund hypothetischer Kausalverläufe errechneter Gewinn.

449 So AMREIN, S. 64; zur aufgedrängten Bereicherung, vgl. vorne S. 65 ff.

das vertragswidrige Verhalten des Fabrikanten in der Lage gewesen wäre, die Verkäufe, die dieser an Dritte gemacht habe, selbst mit Maschinen, die er anderswo hätte erstellen lassen, auszuführen, d.h. die betreffenden Geschäfte an Stelle des Fabrikanten abzuschliessen.

Vielmehr sei zu prüfen, ob nicht aufgrund von Art. 423 OR die Herausgabe desjenigen verlangt werden könne, was der Beklagte selbst aus der Vertragsverletzung gewonnen habe. Dabei dürfe der Begriff des "fremden Geschäfts" nicht einschränkend ausgelegt werden. In erster Linie seien hierunter die Fälle zu subsumieren, wo jemand aufgrund eines Vertrauensverhältnisses eine Sache erhalten habe und nun in den übernommenen vertraglichen Verpflichtungen und dem Umfange der ihm eingeräumten Benützungsrechte zuwiderlaufender, gegen Treu und Glauben verstossender Weise über sie verfüge, um daraus für sich selbst Gewinn zu ziehen.

Nicht anders hier. Wenn schon dem Kläger keine Urheberrecht an den streitigen Maschinen zustünden und deshalb auch keine solchen Rechte verletzt werden könnten, so sei doch der Beklagte "in den Besitz der zur Erstellung nötigen Pläne und Zeichnungen nur gekommen aufgrund eines Vertrages mit dem Kläger, durch den er sich verpflichtet habe, diese Vorlagen nur für den Kläger, in dessen Interessen zu benützen. Nur unter Verletzung dieser Vereinbarung und durch die dem Kläger gegenüber unerlaubte rechtswidrige Benützung der ihm anvertrauten Pläne (sei) er in der Lage (gewesen), den Gewinn zu machen, den er aus dem Verkauf der 17 Maschinen gezogen" habe. Handle es sich demnach um Vorteile, die durch einen "Eingriff in die Rechte des Klägers, Rechte, die sich nicht auf das Urheberrecht, aber auf das Eigentum an den Plänen" stützten, erzielt worden seien, so müsse es sich der Beklagte gefallen lassen, nach Art. 423 OR in Anspruch genommen zu werden.

Dieses Urteil wäre ein Musterbeispiel für einen durch relative Zuweisungswidrigkeit erzielten Gewinn, wenn der Entscheid mit jenem Satz aufgehört hätte, der da lautet: "Nur unter Verletzung dieser Vereinbarung und durch die dem Kläger gegenüber unerlaubte ... Benützung der ihm anvertrauten Pläne" sei ein Gewinn möglich gewesen. Denn wie bereits festgehalten, genügt es für die Voraussetzung des Zuweisungsgehalts eines Rechts, wenn derselbe relativer Natur in dem Sinne ist, dass sich ein Schuldner gegenüber dem Gläubiger (hier der Geschäftsherr) verpflichtet, eine Sache (hier das in den Plänen verkörperte Fabrikationsgeheimnis als immaterielles Gut) nur im Interesse des Gläubigers zu verwerten, m.a.W. nichts gegen die in der Vereinbarung

getroffene Zuweisung zu unternehmen⁴⁵⁰. Wohl lässt sich diesfalls kein absoluter, gegenüber jedem beliebigen Dritten durchsetzbarer Rechtsschutz begründen - wie dies beispielsweise beim Urheberrecht oder Eigentumsrecht der Fall ist -, wenigstens kann aber doch der Vertragspartner, der sich verpflichtet hat, eine Sache als dem Gläubiger zugewiesen zu betrachten, ins Recht gefasst werden, sei dies nun aufgrund eines Bereicherungsanspruchs⁴⁵¹ oder aufgrund eines Gewinnherausgabeanspruchs; denn beide knüpfen sie an den Zuweisungsgehalt eines Rechts an.

Entgegen der bundesgerichtlichen Auffassung ist damit für einen Gewinnherausgabeanspruch nicht das Eigentum am Papier ausschlaggebend - kann es doch keinen Unterschied ausmachen, ob das Fabrikationsgeheimnis mündlich oder schriftlich mitgeteilt worden ist -, vielmehr kommt es allein darauf an, dass das Fabrikationsgeheimnis durch Vereinbarung dem Geschäftspartner und damit dem Geschäftsherrn zugewiesen worden ist. Inwieweit eine derartige Vereinbarung aufgrund einer stillschweigenden Nebenpflicht angenommen werden kann, ist durch Auslegung zu ermitteln.

So hat sich das Bundesgericht in einer späteren Entscheidung (BGE 64 II 172, unter Hinweis auf BGE 25 II 527) im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis dahingehend ausgesprochen:

450 Ausführlicher vorne S. 100 ff.

451 Bereicherungsrechtlich gesehen sind allerdings Fabrikationsgeheimnisverletzungen von praktisch geringer Bedeutung, da ein Wertersatz in Höhe einer Know-how-Lizenzgebühr weit hinter dem verletzten Interesse des Geheimnisherrn zurücksteht. Denn der Geheimnisherr verliert durch die treuwidrige - und damit stets bösgläubige - Offenbarung seine faktische Monopolstellung und wird sie auch nie mehr zurückgewinnen können (jedenfalls nicht aufgrund desselben Geheimnisses, das unwiderruflich verloren bleibt). Abgesehen von Schadenersatzansprüchen - sofern ein Schaden nachgewiesen werden kann - lohnt sich denn eine Klage in den meisten Fällen wohl nur dann, wenn der Verletzer einen Gewinn erzielt hat. (Dies ist auch ein Grund, weshalb im Zusammenhang mit den vorne erwähnten Fallbeispielen für einen Wertersatz die Fabrikationsgeheimnisse unerwähnt blieben.)

"... dass auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Pflicht zur Geheimhaltung bestehen könne, nämlich dann, wenn nach den Umständen angenommen werden müsse, der Dienstnehmer sei nur in die Geschäftsgeheimnisse eingeweiht worden unter der Voraussetzung, dass er davon weder auf eigene Rechnung Gebrauch mache noch sie an Dritte⁴⁵²mitteile."

Und im Zusammenhang mit einem Werkvertrag hielt das Bundesgericht in BGE 77 II 271 fest:

"Man darf sogar soweit gehen, zu sagen, es sei geradezu selbstverständlich, stillschweigende Bedingung der Bestellung des Modells gewesen, dass der ... damit Betraute sich nicht der ihm offenbarten Konstruktionsidee bediene, um dem Besteller bei der Auswertung zuvorzukommen und ihm durch seine Konkurrenz die berechtigte Hoffnung auf das praktische Monopol bis zur Sättigung des Marktes zunichte zu machen."

Da die auf der Geheimhaltungspflicht beruhende relative Zuweisung in der Regel eine vertragliche Nebenpflicht darstellt, kann sie auch im Wege der richterlichen Vertragsergänzungen begründet werden. So hält BGE 93 II 275 fest:

"Wie die Vorinstanz verbindlich feststellt, hat der Beklagte (Werkbesteller) den Beweis dafür nicht erbracht, dass beim Abschluss des Werkvertrages die Klägerin (Werkunternehmerin) sich verpflichtete, Dritte nicht zu beliefern. Der Beklagte greift mit der Berufung diesen Punkt wieder auf und hält dafür, das Gericht habe sich darüber schlüssig zu werden, wie die vertragliche Treuepflicht gelaute hätte, wenn die Parteien bei Vertragsabschluss daran gedacht hätten, dass die Klägerin den Beklagten nach Beendigung der Geschäftsbeziehungen konkurrenzieren werde.

Entscheidend ist, dass die Parteien für den vom Beklagten in Betracht gezogenen Fall nichts vorgesehen haben.

Ob die Erfindung des patentrechtlichen Schutzes fähig war, ist nicht entscheidend ... Die sich über mehrere Jahre erstreckenden Geschäftsbeziehungen der Parteien, ihre enge und vertrauensvolle Zusammenarbeit ... hatten die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses und damit eine entsprechende Treuepflicht zur Folge. Diese bestand vor allem darin, dass während der Dauer der Geschäftsbeziehungen dem Beklagten ein ausschliessliches Bezugsrecht zustand,

452 Infolge Relativität der Zuweisung besteht aber kein Gewinnherausgabeanspruch gegenüber Dritten.

und dass die Klägerin ihre Tätigkeit ausschliesslich in den Dienst des Beklagten stellte.

Die Geheimhaltungspflicht besteht ... nach Beendigung des Vertragsverhältnisses solange, als die Konstruktionsidee nicht verbreitet und den Konkurrenten zugänglich gemacht worden ist, ... (und sie) besteht nicht mehr, wenn die Idee gemeinfrei geworden ist ... Eine Treuepflicht des Unternehmers ist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nur dann anzunehmen, wenn der Besteller hiefür ein rechtliches Interesse nachzuweisen imstande ist. Das ist dann der Fall, wenn der Unternehmer die noch dem Besteller gehörende Idee zu eigenem Nutzen verwendet."

In diesem Entscheid hat das Bundesgericht zwei Dinge in klarer Weise zum Ausdruck gebracht: einerseits, dass eine Geheimhaltungspflicht auch im Weg der Vertragsergänzung begründet werden kann, andererseits, dass eine Geheimhaltungspflicht auch nach Auflösung eines Auftrags- oder Arbeitsverhältnisses fortbestehen kann, vorausgesetzt, dass der Geheimnisherr ein rechtliches Interesse daran hat. Letzteres ist stets dann der Fall, wenn die Idee "als persönliches Gut des Bestellers" (Immaterialgut) nicht gemeinfrei geworden ist.

Damit hat das Bundesgericht nichts anderes ausgedrückt, als was nicht bereits im Zusammenhang mit dem Zuweisungsgehalt von Fabrikationsgeheimnissen gesagt worden wäre, dass nämlich das Fabrikationsgeheimnis nur so lange geschützt ist, als es einer andern Person aufgrund eines relativen Rechts, das sich auch stillschweigend aus einem Treueverhältnis ergeben kann, zugewiesen ist. So spricht denn das Bundesgericht daselbst, dass "die Idee gemeinsames Gut geworden ist". Dass die Idee dabei nicht gemeinfrei geworden sein darf, ist eine logische Voraussetzung des Fabrikationsgeheimnisses, das nur solange Immaterialgut ist, als das faktische Monopol noch besteht, m.a.W. ein gemeinfreies Fabrikationsgeheimnis ist begrifflich nicht möglich.

Diese vom Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Schadenersatzanspruch getroffenen Erwägungen hätten somit ebensogut einen Gewinnherausgabeanspruch nach Art. 423 OR zu begründen vermögen⁴⁵³.

453 Die genannten Voraussetzungen waren dann allerdings in casu nicht erfüllt.

B. Verletzung von Alleinvertriebsabreden

BGE 107 II 222 (sowohl Sachverhalt wie Erwägungen sind teilweise den unveröffentlichten Teilen ⁴⁵⁴ des genannten Entscheids entnommen):

Zwischen der Klägerin und der Beklagten wurde eine Vereinbarung in dem Sinne getroffen, dass die Klägerin für die ganze Schweiz das Alleinverkaufsrecht von Grammophonnadeln eingeräumt erhielt, welche sie von der Beklagten zu beziehen versprach, die ihrerseits aufgrund Ziffer 7 des Vertrags schweizerische Kunden an jene weiterzuverweisen hatte. In der Folge geriet der Vertrag bei der Beklagten "in Vergessenheit", und sie tätigte in vereinbarungswidriger Weise Verkäufe in der Schweiz.

Die Beklagte wirft vor Bundesgericht der Vorinstanz vor, dass sie der Schadensberechnung der Klägerin aufgrund entgangenen Gewinns ihre (sc. der Beklagten) sämtlichen Drittverkäufe in der Schweiz zugrundegelegt hätte, ohne zu prüfen, ob diese Kunden überhaupt von der Klägerin hätten beliefert werden können.

Dem hält das Bundesgericht entgegen, dass die Vorinstanz "sinngemäss" festgestellt habe, dass der Klägerin diese Aufträge wegen des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten entgangen seien. Das sei Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs und binde das Bundesgericht.

Abgesehen davon treffe auch gar nicht zu, was die Beklagte zur fehlenden Adäquanz vortrage. Und wörtlich: "Es mag sein, ist aber unerheblich, dass sich die betreffenden Grosskunden nicht von sich aus an den Kleinbetrieb der Klägerin gewandt hätten. Entscheidend ist, dass die Beklagte aufgrund von Ziffer 7 des Vertrags ihrerseits diese Kunden an die Klägerin hätte verweisen müssen..."

Die vorinstanzliche Schadensermittlung wurde in dem Sinne vorgenommen, dass von den vertragswidrigen Drittverkäufen der Beklagten die ebenfalls vertragswidrigen Dritteinkäufe der Klägerin abgezogen wurden, so dass sich auf diese Weise der "entgangene Verkaufserlös" ergab, aufgrund dessen, mit Hilfe der errechneten Nettogewinnmarge der Klägerin, der entgangene Nettogewinn festgesetzt wurde. Der von der Klägerin dagegen erhobene Einwand, dass ihre Dritteinkäufe von den anderen Lieferanten nicht hätten in Abzug gebracht werden dürfen, da die Beklagte die betreffenden Grammophonnadeln gar nicht hätte liefern können, wurde vom Bundesgericht als neu erhobene Behauptung (nach Art. 55 I lit. c OG) für unzulässig erklärt.

⁴⁵⁴ Es handelt sich hiebei um Teile aus den Erwägungen I/3 (teilweise unveröffentlicht) und II/1,4 (gänzlich unveröffentlicht).

Dieser Entscheid ist hinsichtlich zweier Feststellungen von besonderer Bedeutung: zum einen werden der Berechnung des entgangenen Gewinns sämtliche Drittverkäufe des Beklagten zugrunde gelegt, zum andern werden von diesen Drittverkäufen die Dritteinkäufe der Klägerin in Abzug gebracht.

Was die erste der beiden Feststellungen anbelangt, so hält das Bundesgericht dafür, dass die Vorinstanz "sinngemäss" den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und den dadurch entgangenen Aufträgen der Klägerin bejaht habe, und dass das Bundesgericht daran gebunden sei. Inwieweit das Bundesgericht dabei mit Recht von einer "sinngemässen" Feststellung der Vorinstanz ausgeht und - bei Bejahung dieser Frage - inwieweit die Vorinstanz ihrerseits mit Recht diese Feststellung getroffen hat, muss hier dahingestellt bleiben; jedenfalls kann man sich des Eindrucks einer Schadensfiktion nicht gänzlich erwehren.

Ebenfalls nicht ganz klar wird - aber dies zu entscheiden blieb dem Bundesgericht erspart, da es sich um ein neues Vorbringen von Tatsachen handelte -, weshalb von den Drittverkäufen die Dritteinkäufe, die angeblich gar nicht beim Beklagten hätten getätigt werden können, in Abzug gebracht und alsdann als "entgangener Verkaufserlös" bezeichnet wurden. Handelt es sich dabei doch um zwei selbständige Schadenersatzansprüche, die nicht einfach im Rahmen der Ermittlung des entgangenen Verkaufsgewinns verrechnet werden dürfen, zumal ja für die Ermittlung des Verkaufsgewinns der entgangene Verkaufserlös an der Nettogewinnmarge der Klägerin gemessen wird. Vielmehr sind für den Schadenersatzanspruch aus entgangenem Gewinn nur die Drittverkäufe der Beklagten (die ja als entgangene Aufträge "sinngemäss" qualifiziert werden) plus die Gewinnmarge der Klägerin - und nichts weiter - massgeblich.

Um wieviel einfacher wäre es gewesen, wenn nicht nach Art. 97 OR auf den entgangenen Gewinn, sondern nach Art. 423 OR auf den erzielten Gewinn geklagt worden wäre. Die Begründung dazu lieferte das Bundesgericht daselbst, als es festhielt,

dass es "unerheblich" sei, ob die Klägerin selbst auch dieselben Verkäufe hätte tätigen können (es ist dies eine unveröffentlichte und mit "abgesehen davon" eingeleitete, im Anschluss an die "sinngemässe" Bejahung des Kausalzusammenhangs gemachte Feststellung): "Entscheidend ist, dass die Beklagte aufgrund von Ziffer 7 des Vertrages ihrerseits diese Kunden an die Klägerin hätte verweisen müssen." Allein dies hätte ausgereicht um einen Gewinnherausgabeanspruch zu begründen. Denn durch Ziffer 7 des Vertrages wurden dem Kläger die gegenüber dem Beklagten ausschliessliche Befugnis der Geschäftstätigkeit mit den im Raum der Schweiz ansässigen Kunden zugewiesen, und durch die Vertragsverletzung hat der Beklagte ein fremdes, da dem Kläger vorbehaltenes, relatives Recht ausgeübt⁴⁵⁵.

Eine dem Kläger zugewiesene Geschäftstätigkeit darf aber nicht etwa nur deshalb angenommen werden, weil Ziffer 7 des betreffenden Vertrages eine ausdrückliche Weiterverweisung der Kunden an den Kläger vorsah - denn dies kann als rein formales Kriterium nicht ausschlaggebend sein -, vielmehr ist stets aufgrund der Vertragsauslegung zu ermitteln, inwieweit eine Selbstbeschränkung in der wettbewerblichen Tätigkeit den Sinn hat, eben diese Tätigkeit dem Vertragspartner positiv zuzuweisen. Aus einer Unterlassungspflicht allein kann deshalb nicht auf eine positive Zuweisung der zu unterlassenden Tätigkeit an den Vertragspartner geschlossen werden⁴⁵⁶. Dies hat auch NIPPERDEY in zutreffender Weise erkannt, wenn er in einem Beispiel ausführt: "Wer seinem Vertragspartner das Versprechen abnimmt, keine Waffen in ein bestimmtes Land zu liefern, kann dafür verschiedene Gründe haben.

455 Die potentielle Kundschaft kann wohl nicht Gegenstand einer absoluten Zuweisung sein, aber sie kann zum Gegenstand einer für die Geschäftstätigkeit vorbehaltenen, relativen, d.h. auf den Vertragspartner bezogenen, Zuweisung gemacht werden. (Vgl. vorne S. 107 ff.).

456 Wie bereits mehrmals festgehalten, ist die positive Zuweisung wohl stets mit einer Unterlassungspflicht verbunden, nicht aber kann umgekehrt aus einer Unterlassungspflicht allein auf eine positive Zuweisung geschlossen werden. Nicht zugestimmt werden kann deshalb den vom BGH in Sachen "Schmiergelder" ergangenen

Nur dann, wenn die Ausschaltung des Schuldners den Zweck hat, die Möglichkeit zur Vornahme der betreffenden Waffengeschäfte dem Gläubiger offenzuhalten, werden diese Geschäfte mit dem Abschluss des Vertrages für den Schuldner 'fremde', nämlich Geschäfte des Gläubigers ... Die Anwendung des § 687 Abs. 2 BGB (entspricht Art. 423 OR) auf eine derartige Verletzung eines Gebietsschutzabkommens unterliegt keinen Bedenken."⁴⁵⁷

456 (forts.)

Entscheidungen, wo die Herausgabe von Schmiergeldern an den Arbeitgeber mit der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag begründet wurde. Vgl. NJW 1961, S. 2036; Kritisch dazu: NIPPERDEY, S. 163. Bejahend dagegen: ISELE, Schmiergeldannahme als Eingriffserwerb, Recht und Arbeit, 1962, S. 52 ff.; ders. FS Cohn, Liber amicorum, 1975, S. 75 ff. Vgl. auch für die Schweiz: A. STEINBEISSER, Die Bestechung von Bediensteten, Diss. Basel, 1977 (Insbes. S. 42 ff.).

457 NIPPERDEY, S. 172.

V. VERHAELTNIS VON GEWINNHERAUSGABEANSPRUCH ZU SCHADENERSATZ- UND BEREICHERUNGSANSPRUCH

A. Alternative Konkurrenz

Der Gewinnherausgabeanspruch tritt als selbständiger Anspruch neben den Schadenersatz- und den Bereicherungsanspruch. Mit ersterem stimmt er in der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens, mit letzterem in der Anknüpfung an den Zuweisungsgehalt eines Rechts überein. Der allen drei Ansprüchen gemeinsame Berührungspunkt stellt die gegen den Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts verstossende Eingriffshandlung dar.

Der Schadenersatzanspruch ist aber insofern weiter, als die Widerrechtlichkeit auch in einem Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung oder in der Verletzung von subjektiven Rechten ohne Zuweisungsgehalt bestehen kann, und er ist insofern enger, als die Rechtsfolge vom Schadensnachweis und vom Verschuldungsgrad abhängig gemacht wird.

Der Bereicherungsanspruch ist wiederum insofern weiter, als er auch die Fälle der Leistungs- und der Zufallskondition erfasst, und er ist insofern enger, als die Rechtsfolge lediglich auf einen objektiven Wertersatz gerichtet ist; es stellt dies eine Rechtsfolgeprivilegierung dar, die sich deshalb rechtfertigt, weil weder ein Verschuldens- noch ein Schadensnachweis erfordert ist. Da aus dem Gesetz nichts hervorgeht, was auf eine Rangordnung zwischen Gewinnherausgabe-, Schadenersatz- und Bereicherungsanspruch schliessen lässt, sich diese drei Ansprüche in ihren Entstehungsvoraussetzungen aber durchaus überschneiden können, so liegt notwendig alternative Konkurrenz oder - wie VON TUHR/PETER festhalten - "Zweckkonkurrenz" vor: "... denn die Zusammengehörigkeit (der) Ansprüche beruht hier nicht auf Identität

des Inhalts, sondern auf der Gleichheit des Zwecks."⁴⁵⁸

B. Prozessrechtliche Folgen

Das Nebeneinanderbestehen der drei Ansprüche auf Gewinnherausgabe, Schadenersatz und Wertersatz hat zur Folge, dass sowohl die Gewinnherausgabe wie auch der Wertersatz nicht mehr bloss Modalitäten des Schadenersatzanspruchs darstellen⁴⁵⁹. Desweiteren kann es auch nicht in Anwendung des Grundsatzes "iura novit curia" dem Richter überlassen bleiben, für welchen der drei Ansprüche er sich entscheiden will⁴⁶⁰. Vielmehr sind sie als selbständige Begehren in Haupt- und Eventualanträge zu kleiden, da - wie soeben festgehalten wurde - die Ansprüche nicht durch Identität des Inhalts, sondern durch Gleichheit des Zwecks gekennzeichnet sind, so dass das Hinüberwechseln von einem Anspruch auf einen andern eine Klageänderung darstellt, deren Zulassung - nach § 61 der zürcherischen Zivilprozessordnung - vom Gericht dann abgelehnt

458 VON TUHR/PETER, S. 41; das Zitat bezieht sich lediglich auf die Umschreibung der Alternativ- bzw. Zweckkonkurrenz. Von der Sache her gesehen verneinen die genannten Autoren aber eine Konkurrenz zwischen dem Bereicherungs- und Geschäftsführungsanspruch, vgl. S. 522, m.w.N. in FN 39a.

Eine alternative Konkurrenz zwischen Bereicherungs- und Deliktsanspruch befürwortet auch SCHAUFELBERGER (S. 23 f.), während er den Gewinnherausgabeanspruch "systematisch richtig" bei der ungerechtfertigten Bereicherung eingeordnet wissen will (S. 246).

459 So aber noch zur Zeit der sog. dreifachen Schadensberechnungsmethode. Vgl. vorne S. 176.

460 M.E. hat eine Klage aus Art. 62 oder aus Art. 423 OR nicht einen andern als den für immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten vorgesehenen Gerichtsstand - für Zürich das Handelsgericht - zur Folge. Für Patentrechtsstreitigkeiten lässt sich dies aus Art. 73 PatG ableiten, der daselbst auf das Obligationenrecht verweist. Vgl. auch Schw.Mitt, 1975, S. 51 (Urteil vom Obergericht Zürich vom 13.6.1974).

werden kann, wenn dadurch die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert würde⁴⁶¹. Letzteres wäre stets dann der Fall, wenn der ursprünglich geltend gemachte Schadenersatz- oder Bereicherungsanspruch in einen Gewinnherausgabeanspruch abgeändert würde, da diesfalls der Beklagte gehalten wäre, nach Art. 400 I OR Rechenschaft über den von ihm erzielten Gewinn abzulegen, was nicht nur eine Beeinträchtigung der Beklagtenstellung, sondern - falls ursprünglich nur auf Bereicherungsausgleich geklagt worden war - zugleich eine beträchtliche Verzögerung des Prozesses zur Folge hätte, da nach der hier und mit HOFSTETTER vertretenen Auffassung der Kläger noch einen Verschuldensnachweis zu erbringen hätte⁴⁶².

Desweiteren hat die Loslösung von Gewinnherausgabe und Wertersatz vom Schadenersatzrecht zur Folge, dass sowohl ein Anspruch aus Art. 423 OR wie ein solcher aus Art. 62 OR nicht mehr unter die in Art. 42 II OR vorgesehene Regelung fallen, wonach betragsmässig nicht nachweisbare Schäden vom Richter auch erst nach Klageerhebung beziffert werden können.

Was ein Begehren auf bereicherungsrechtlichen Wertersatz anbelangt, so kann und muss hier eine betragsmässige Bezifferung des Streitwertes verlangt werden, da es sich hierbei um einen nach objektivem Verkehrswert - und damit unabhängig von Schaden und Vermögensvermehrung - errechenbaren Ausgleichersatz handelt.

Anders ist dagegen bei einem Klagebegehren auf Gewinnherausgabe nach Art. 423 OR zu entscheiden. Hier eine genaue Bezifferung des Streitwertes zu verlangen, würde dem Grundsatz, dass die Verwirklichung eines aus materiellem Bundesprivatrecht sich ergebenden Anspruchs nicht beeinträchtigt werden darf, entgegenstehen, da der Kläger gar

461 Vgl. STRAEULI/MESSMER, § 61.

462 Der Beweis ist vom Kläger zu erbringen, weil es sich um eine Entstehungsvoraussetzung handelt.

nicht in der Lage ist, den vom Beklagten erzielten Gewinn nachzuweisen. Damit kann auch hier - gleich einem Schadenersatzbegehren nach Art. 42 II OR - ein erst noch vom Gericht festzusetzender Betrag eingeklagt werden, ohne dass der Kläger Gefahr läuft, mangels genügender Substantiierung abgewiesen zu werden. Allerdings kann - was dem Bundesprivatrecht nicht entgegensteht - je nach kantonaler Prozessvorschrift wenigstens eine rahmenmässige Bezifferung des Anspruchs verlangt werden, so dass alsdann das Ermessen des Richters lediglich in diesem Umfang beschränkt wird. Nach § 110 Ziff. 5 der zürcherischen Zivilprozessordnung müsste damit bei einem Haupt- oder Eventualbegehren auf Gewinnherausgabe in der Weisung der Höchstbetrag als Streitwert genannt werden. Dass eine derartige Regelung sich eher prozesshemmend auswirkt - ist doch der Streitwert für die Entschädigungsfolgen massgeblich - braucht angesichts der in der Regel hohen Anwalts- und Gerichtskosten, die gerade bei Immaterialgüterrechtsprozessen üblich sind, und die der verlierenden Partei auferlegt werden, wohl nicht näher ausgeführt zu werden. Es stellt dies aber eine Frage des Verfahrensrechts und nicht des materiellen Rechts dar, so dass näher darauf einzutreten hier verzichtet werden kann.

Lebenslauf

Patrizia Holenstein, geb. 28.3.1957

Bürgerin von Bütschwil/SG

- | | |
|-------------------------|--|
| Herbst 1976 | Kantonale Matura B,
St. Gallen |
| Februar 1981 | Lizentiat der Rechte,
Universität Zürich |
| Mai 1981 -
Dez. 1982 | Wissenschaftliche Assi-
stentin bei
Prof.Dr. Max Keller,
Universität Zürich |
| Dez. 1982 | Doktor der Rechte,
Universität Zürich |

